

Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2018 | anno XIII



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mario Loizzo

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

Studi sull'integrazione europea

numero 3 • 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

- Giandonato CAGGIANO
Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la "questione europea dell'immigrazione"? 553
- Massimo PANEBIANCO
L'Europa nel diritto internazionale antico 577
- Antonella ANTONUCCI
Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione 587
- Lina PANELLA
L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di immigrazione e la posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea 599
- Michele VELLANO
Le strategie macroregionali dell'Unione europea: profili giuridici 625
- Susanna CAFARO
Il ruolo dei cittadini nella formula democratica dell'Unione europea 639
- Giuseppina PIZZOLANTE
L'istituto islamico dell'*hawala* e il riciclaggio di denaro: le nuove sfide per la legislazione finanziaria dell'Unione europea 653

NOTE E COMMENTI

- Pieralberto MENGOZZI
Norme costituzionali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un'incomprensione temporanea tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia? 675

Giovanni GUIGLIA Considerazioni sulle relazioni e le sinergie tra il diritto dell'Unione europea e la Carta sociale europea	691
Gaia CALAFIORE Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo <i>versus</i> giudicato penale: il <i>discrimen</i> fra violazioni procedurali e sostanziali	715
Ginevra GRECO Il diritto europeo dello sport, tra specificità, rilevanza economica e motivi imperativi di interesse generale	737
Alessandro ROSANÒ La migliore offerta, ovvero il principio del <i>ne bis in idem</i> tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno	763
Cristina GRIECO La circolazione di diritti reali immobiliari all'interno dell'Unione europea in caso di contrasto tra <i>lex successionis</i> e <i>lex rei sitae</i>	781
Federica POLEGRI Il principio del sindacato accentrato della Consulta in caso di contrasto tra diritto nazionale e Carta di Nizza: considerazioni sulla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale	803
RECENSIONI	
Emanuele CIMIOTTA, <i>L'uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali</i> , Jovene, Napoli, 2018 (I. Ingravallo)	823
Giuseppe PASCALE, <i>La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano</i> , Jovene, Napoli, 2017 (I. Ingravallo)	825
Libri ricevuti	827
Indice degli autori	831
Indice del Volume XIII (2018)	833

Summary



ARTICLES

- Giandonato CAGGIANO
The EU Decision-making Process in the Face of Growing Euro-sceptic-sovereignism. Return to Intergovernmental Method for the “European Immigration Issues”? 553
- Massimo PANEBIANCO
Europe through the Lens of Ancient International Law 577
- Antonella ANTONUCCI
Banking “State Aid”: Commission Directing Action Rules 587
- Lina PANELLA
The Evolution of European Court of Human Rights on Immigration and the Position of the Court of Justice of the European Union 599
- Michele VELLANO
Macro-Regional Strategies in the European Union: Legal Profiles 625
- Susanna CAFARO
The Role of Citizens in the Democratic Formula of the European Union 639
- Giuseppina PIZZOLANTE
Islamic *Hawala* and Money Laundering: The New Challenges for the EU Financial Legislation 653

NOTES AND COMMENTS

- Pieralberto MENGOZZI
Constitutional Rules and EU Charter of Fundamental Rights: A Temporary Misunderstanding between the Italian Constitutional Court and the Court of Justice? 675
- Giovanni GUIGLIA
Reflections on the Relationships and Synergies between the European Union Law and the European Social Charter 691

Gaia CALAFIORE The Execution of the European Court of Human Rights Judgments <i>versus</i> Criminal Judgment: The Difference between Procedural and Substantive Violations	715
Ginevra GRECO European Sports Law, between Specificity, Economic Rel- evance and Overriding Reasons of General Interest	737
Alessandro ROSANÒ The Best Offer, or the <i>ne bis in idem</i> Principle between Market Abuse, the ECHR, EU Law and National Law	763
Cristina GRIECO The Movements of Rights <i>in rem</i> in Immovable Property across the EU in Case of Contrast between the <i>lex successio- nis</i> and the <i>lex rei sitae</i>	781
Federica POLEGRI The Centralized Model of Constitutional Review in Case of Contrast between National Law and the Charter of Nice: Considerations on the Judgement No. 269/2017 of the Italian Constitutional Court	803
BOOK REVIEWS	
Emanuele CIMIOTTA, <i>L'uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali</i> , Jovene, Napo- li, 2018 (I. Ingravallo)	823
Giuseppe PASCALE, <i>La tutela internazionale dei diritti dell'uo- mo nel continente africano</i> , Jovene, Napoli, 2017 (I. Ingravallo)	825
Books received	827
List of contributors	831
Index of Volume XIII (2018)	833



Articoli

Giandonato Caggiano*

Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la “questione europea dell'immigrazione”?

SOMMARIO: 1. Ritorno al metodo intergovernativo nella gestione dei flussi migratori misti e delle frontiere. – 2. La ricerca di nuovi assetti nell'attivismo politico-diplomatico dei gruppi di Stati portatori di interessi nazionali divergenti. – 3. Il ruolo del Consiglio europeo e l'impatto sul sistema legislativo dell'Unione. – 4. La riforma di Dublino *in itinere*. – 5. *Segue*: le circostanze e la chiave di ripartizione per quote. – 6. *Segue*: la deterrenza dei movimenti secondari. – 7. *Segue*: la procedura intergovernativa e l'apertura di un varco da parte della Corte di giustizia a favore della legittimazione ad agire dei richiedenti protezione internazionale. – 8. L'esternalizzazione dei controlli dei flussi migratori e la questione degli sbarchi a seguito dei salvataggi in mare. – 9. La sospensione “a tempo indeterminato” dei controlli di Schengen. – 10. L'interoperabilità delle banche dati per i controlli dell'immigrazione irregolare. – 11. Conclusioni.

1. Pur nella difficile fase della *Brexit*, l'Unione europea manifesta una notevole resilienza nelle materie in cui si applica il metodo comunitario/sovranazionale. Non v'è dubbio che l'integrazione sovranazionale esercita ancora una forza attrattiva nei confronti degli Stati membri dell'Unione, soprattutto nelle politiche del mercato interno, dell'unione doganale, della politica commerciale e dei fondi strutturali/coesione.

L'Unione appare, invece, in crisi in quei settori (di particolare sensibilità per la sovranità degli Stati membri) in cui, malgrado l'attuale estensione delle competenze dell'Unione, il metodo intergovernativo è stato applicato in uno specifico pilastro o diritto speciale per un lungo periodo dal Trattato di Maastricht a quello di Lisbona, come nel caso dell'immigrazione, asilo e frontiere¹.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre. Articolo aggiornato al 31 luglio 2018.

¹ Com'è noto, nel settore dell'immigrazione, frontiere ed asilo, le competenze sono di carattere concorrente, salvo per la competenza riservata agli Stati membri delle quote di ingresso per motivi di lavoro e delle misure di integrazione degli stranieri. Per un quadro generale, v. B. NASCIBENE, *Riflessioni*

La “questione europea dell’immigrazione” comprende, in modo inscindibile, l’immigrazione economica, la protezione internazionale e il controllo delle frontiere. Prima della presentazione delle domande (e del riconoscimento) della protezione internazionale, i flussi migratori hanno sempre un carattere misto in quanto composti di migranti economici che dovrebbero o essere rimpatriati o ricevere protezione umanitaria/caritatevole, concedibile ove prevista dal diritto nazionale, in quanto non armonizzata a livello dell’Unione².

È evidente che la questione dell’immigrazione si pone non solo per il dislivello di sviluppo fra le diverse aree del mondo, ma anche per l’azzeramento delle quote di ingresso per immigrazione regolare (motivi di lavoro) da parte di molti Stati membri che hanno riservato tale competenza esclusiva nel diritto primario (art. 79, par. 5, TFUE). Al loro arrivo/sbarco in uno Stato membro, i migranti economici presentano, in gran maggioranza, la domanda di protezione internazionale per non essere immediatamente avviati a procedure di rimpatrio e/o trattenuti con forme varie di detenzione amministrativa.

Se la registrazione, obbligatoria al momento dell’ingresso sul territorio di uno Stato membro dopo l’attraversamento irregolare delle frontiere esterne, facilita i controlli amministrativi e di polizia in qualsiasi zona degli Stati membri³, non è in sé sufficiente ad impedire il raggiungimento di un secondo Paese di preferenza (di maggior richiamo) da parte dei richiedenti-protezione internazionale. Pur registrati nelle banche-dati dell’Unione⁴, i migranti cercano, con ogni mezzo possibile, di superare le frontiere di un secondo Paese (movimenti secondari) per presentarvi domanda di protezione internazionale o per cercare di sopravvivervi in una posizione di irregolarità.

Chiusa la rotta balcanica e ridotti i flussi migratori nel Mediterraneo centrale, le ragioni della crisi non sono più collegate all’emergenza ma all’*impasse* istituzionale sulle prospettive di *governance* europea in materia. Le difficoltà maggiori nascono dalla conflittualità degli interessi nazionali, esaltati dalle dinamiche del metodo intergovernativo, riscontrabile nel diritto derivato anche dopo la comunitarizzazione della struttura “a pilastri”. La particolare “turbolenza” politico-istituzionale manifesta l’incapacità di trovare soluzioni condivise nel processo decisionale dell’Unione. Molti Stati membri esprimono una chiara preferenza per una cooperazione europea al livello di semplice coordinamento intergovernativo⁵.

sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 515 ss.; C. FAVILLI, *La politica dell’Unione in materia d’immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 361 ss.

² Il Ministro degli interni Salvini ha manifestato l’intenzione di abolire legislativamente la protezione umanitaria prevista dalla legge Turco-Napolitano (art. 5, co. 6, del testo unico di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286; art. 32 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25) che consente il rilascio di un permesso di soggiorno da parte della questura quando le commissioni territoriali, pur non ravvisando gli estremi per la protezione internazionale, rilevino “gravi motivi di carattere umanitario” a favore del richiedente asilo.

³ Nei limiti fissati dalla Corte di giustizia: v. sentenza 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363.

⁴ V. *infra*, par. 11.

⁵ Sul quadro giuridico-istituzionale nella crisi migratoria del Balcani del 2015-16 ci permettiamo di rinviare ai nostri articoli *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.; *Ascesa e caduta della rotta*

Il principale motivo di contrasto è costituito dalla mancanza di una visione comune sulle riforme del diritto di asilo (Ceas) e delle frontiere interne (Schengen) o esterne (Frontex)⁶. Nell'ambito di orientamenti generalmente restrittivi, appaiono divergenti le priorità del controllo dei movimenti primari e secondari dei flussi migratori misti. Le tre riforme in parola si intersecano nelle posizioni e dichiarazioni (spesso contrapposte) degli Stati membri. Gli Stati posizionati alle frontiere esterne (Stati frontalieri) sono considerati responsabili delle procedure relative ai flussi migratori in arrivo in quanto gestori *uti universi* del controllo delle frontiere. Il principio stabilito dalla Convenzione di applicazione di Schengen del 1990 era stato applicato per le migrazioni alle frontiere terrestri al momento del crollo dei Paesi comunisti (con la Germania a gestire i movimenti come primo Stato di arrivo). Per converso, tale assunto viene contestato dagli Stati frontalieri che lo ritengono contrario al principio di solidarietà e di condivisione degli oneri, previsto dal diritto primario dopo Lisbona (articoli 67 e 80 TFUE)⁷. L'onere dello Stato di primo ingresso è iniquo e insostenibile⁸ ed è stato bilanciato per anni dalla "tolleranza di fatto" dei movimenti secondari, resa ormai impossibile dalle procedure di registrazione obbligatoria negli *hotspot*. In tale contesto, alcuni Stati membri hanno deciso la sospensione della circolazione Schengen alle frontiere interne⁹. Tale sospensione è ormai ininterrotta a partire dalla crisi migratoria dei Balcani e giustificata, per lo più, dalla necessità di controllo dei movimenti secondari dei migranti tra cui i richiedenti protezione internazionale.

balcanica. Eternizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo, ivi, 2016, p. 221 ss.; nonché a B. NASCIMBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin system"*. *The Reasons for a crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 110 ss.

⁶ La Corte di giustizia ha chiarito che il diritto a un visto a determinate condizioni è applicabile con flessibilità dagli Stati membri. L'obbligo di rilascio di un visto può essere condizionato alla valutazione del rischio di immigrazione illegale e, in caso di ragionevoli dubbi, esiste un margine discrezionale delle autorità competenti: v. sentenza 19 dicembre 2013, causa C-84/12, *Koushkaki*, ECLI:EU:C:2013:862. Ci deve essere una possibilità di revisione in appello decisione di diniego di un visto: v. sentenza 13 dicembre 2017, causa C-403/16, *El Hassani*, ECLI:EU:C:2017:960. Per la prima proposta, ora abbandonata, v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 1° aprile 2014, relativo al codice dei visti dell'Unione (codice dei visti) (rifusione), COM(2014)164 final, con commento di S. PEERS, *External processing of applications for international protection in the EU*, in *EU Law Analysis*, 24 April 2014, reperibile *online*. Tale proposta non è stata adottata perché il Parlamento e il Consiglio non si sono accordati sull'inclusione di visti "di passaggio sicuro" per coloro che necessitavano di protezione. La Corte lo ha escluso per il codice visti in vigore nella sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X*, ECLI:EU:C:2017:173, v. G. CELLAMARE, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 527 ss. Sulla riforma del codice-visti in corso, v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2018, recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), COM(2018)252 final. Per un commento, v. S. PEERS, *Revising EU visa policy*, in *EU Law Analysis*, 8 July 2018, disponibile *online*.

⁷ V. da ultimo, G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018.

⁸ Lo sosteniamo da molti anni: v. G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli Stati Schengen con frontiere nel Mediterraneo*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 2, p. 45 ss. (pubblicato anche in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, p. 581 ss.).

⁹ V. *infra*, par. 10.

Costituiti sulla base del diritto internazionale, gli accordi di Dublino e Schengen (quando la Comunità europea non aveva competenze in materia) hanno continuato a risentire della dinamica intergovernativa originaria anche dopo la loro “comunitarizzazione”¹⁰. Nella loro impostazione, entrambi i sistemi conservano un alto livello di protezione degli interessi nazionali, specie nella determinazione dei criteri di attribuzione della competenza fra gli Stati membri. A proposito del criterio del ricongiungimento familiare dei richiedenti o beneficiari della protezione sussidiaria, il diritto viene messo in discussione dalla Germania¹¹. Ne deriva, secondo la nuova terminologia utilizzata nei documenti ufficiali, la “responsabilità stabile” dello Stato competente che comporta l’esame delle domande, l’accoglienza e la successiva integrazione nel caso di riconoscimento della protezione.

Nella fase di determinazione dello Stato membro competente si pone in atto una cooperazione bilaterale intergovernativa per il trasferimento di coloro che hanno effettuato movimenti secondari. Infatti, il regolamento Dublino III¹² e la proposta Dublino IV¹³ creano rapporti bilaterali volti al trasferimento fra lo Stato in cui si trova il richiedente asilo e lo Stato competente all’esame della domanda, secondo la gerarchia dei criteri applicabili¹⁴. Lo Stato competente ha l’obbligo di prendere (o

¹⁰ P. J. KUIJPER, *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 345 ss.

¹¹ Nel 2017, infatti, solo a poche dozzine di migranti è stato concesso il permesso per il ricongiungimento con familiari protetti dallo *status* di protezione sussidiaria. Secondo un emendamento adottato il 16 marzo 2018 all’AufenthaltGesetz, par. 104, Artikel 1 (BGBl. I S. 342), dal primo agosto 2018 non sarà più garantito un generale diritto al ricongiungimento familiare (coniugi, figli non sposati e genitori di figli minori) ma solo per “ragioni umanitarie” per un totale di 1.000 persone al mese.

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. Sul diritto d’asilo e dei rifugiati, v., tra i tanti, F. CHERUBINI, *L’asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell’Unione europea*, Bari, 2012; G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell’ordinamento italiano, in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, n. 4, p. 15 ss.; O. FERACI, *Il nuovo regolamento “Dublino III” e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, reperibile online; A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016; K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, München, 2016, II ed., p. 1023 ss.

¹³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 maggio 2016, 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 un apolide (rifusione), COM(2016)270 final. Per un commento, v. S. PEERS, *The Urbanisation of EU asylum law: The latest EU asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 6 May 2016, disponibile online; Id., *The new EU law on refugees takes shape: More harmonisation but less protection?*, *ivi*, 23 July 2017; C. HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 May 2016 reperibile online; F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, Study for Libe, PE 571.360, 2016, reperibile online; P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d’asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus*, 7 settembre 2016, reperibile online; P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento “Dublino III”*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 267 ss.; M. DI FILIPPO, *The allocation of competence in asylum procedures under EU law: The need to take the Dublin bull by the horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, p. 41 ss.

¹⁴ Dopo l’eventuale applicazione del criterio dei rapporti familiari, il regolamento stabilisce che è competente lo Stato attraverso i cui confini il richiedente sia entrato illegalmente (art. 15) o che gli

riprendere) in carico il richiedente che si trovi nel secondo Stato membro, salvo le ipotesi di cessazione (o di inversione della competenza)¹⁵.

Nell'attuale fase di reintroduzione dei controlli, anche il sistema Schengen ha raggiunto la massima accentuazione dell'impostazione governativa. In sostanza, gli Stati membri possono procedere alla chiusura delle frontiere interne che viene approvata *ex-post* con "flessibili" meccanismi di controllo sovranazionale (non di merito ma di tipo rituale) della Commissione e del Consiglio.

In questo articolo approfondiremo l'evoluzione normativa e giurisprudenziale più recente, cercando di dimostrare la tesi secondo cui la crisi in atto deriva proprio dalla (mai abbandonata) struttura intergovernativa che permea la materia in oggetto.

2. L'aggregazione fra Stati membri per affinità politiche e la ricerca di un coordinamento plurilaterale o bilaterale sono la conseguenza patologica del funzionamento del metodo intergovernativo. Al riguardo, si configurano almeno tre gruppi con interessi nazionali diversificati: gli Stati frontalieri di primo ingresso, gli Stati di "preferenza" dei richiedenti-asilo (coinvolti dai movimenti secondari) e i Paesi sovranisti.

Le posizioni espresse da molti Stati membri rispecchiano il crescente successo delle forze politiche che si definiscono (o vengono definite) come sovraniste. Il loro comune denominatore, rispetto ad altre definizioni più tradizionali (partiti nazionalisti o populistici), è costituito proprio dalla politica restrittiva nei confronti dei poteri dell'Unione europea¹⁶. Benché non abbia ancora una consolidata base ideologica comune, il sovranismo rappresenta in vari Stati membri la dottrina politica che sostiene la preservazione o la ri-acquisizione della sovranità nazionale, proprio nei confronti delle organizzazioni sovranazionali. La delega di competenze dallo Stato nazionale all'Unione, almeno in determinate materie, è considerata un fattore di indebolimento della sovranità e frammentazione della identità storico-nazionale.

È compito della scienza politica approfondire le posizioni sovraniste, euroscettiche e di alcuni partiti politici negli Stati membri. Tuttavia, occorre sottolineare che l'evoluzione delle famiglie politiche europee nei confronti della visione dell'integrazione europea avrà un sicuro impatto sulla formazione del prossimo Parlamento europeo. Com'è noto, la prassi dello *Spitzenkandidat* per la presentazione dei partiti alle elezioni europee potrà avere un impatto rilevante (anche se non su base obbligatoria e automatica) anche sulla scelta del presidente della Commissione¹⁷.

abbia rilasciato un visto o permesso di soggiorno in corso di validità o scaduto (art. 12), oppure che non richieda alcun visto d'ingresso (art. 14).

¹⁵ Capo V, art. 18, Obblighi dello Stato membro competente; art. 19, Cessazione delle competenze.

¹⁶ Per un'analisi di politica italiana e comparata della contrapposizione fra europeisti e sovranisti, v. gli editoriali di S. FABBRINI sul *Sole 24ore* del 25 febbraio, 25 marzo, 25 aprile, 3 e 17 giugno, 8 e 15 luglio.

¹⁷ Il partito popolare europeo, che ha le sue radici storiche nel pensiero europeista e federalista di De Gasperi e di Adenauer, rappresenta ormai posizioni diversificate fra cui quelle anti-immigrazione del partito di Orban (Fidesz, Unione Civica Ungherese) e del partito popolare di Kurz, che guida il governo austriaco in maggioranza con il partito nazionalista FPÖ. Il Partito popolare europeo, al cui interno si presentano però "crepe" sulla proposta di attivare la procedura dell'art. 7 TUE nei confronti dell'Ungheria per violazioni dello "stato di diritto", potrebbe assorbire le spinte sovraniste anti-immigrazione, ad iniziare da quelle del Partito bavarese CSU (alleato sinora con la CDU di Merkel nel governo tedesco) consentendo di conquistare una maggioranza relativa all'elezioni del Parlamento europeo e portare il Consiglio europeo a nominare il rappresentante del partito popolare, quale prossimo presidente della Commissione europea. Un sostegno ad un partito popolare "diversamente orientato" nei confronti

Basti qui ricordare brevemente le ragioni che spingono verso politiche europee anti-immigrazione: l'integrazione degli stranieri ammessi a seguito della crisi balcanica (Germania, Svezia e Austria), gli atti terroristici (Francia), l'identità nazionale post-comunista (Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria e Slovenia), le eterogenee maggioranze di governo (Belgio e Olanda), i flussi migratori della rotta centro-mediterranea e le posizioni del governo giallo-verde (Italia), le difficoltà di accoglienza (Grecia)¹⁸, la posizione nazionalista nei confronti delle minoranze russofone (Paesi baltici), la posizione di Paesi di frontiera non ancora ammessi a Schengen (Bulgaria e Romania). Occorre aggiungere a quanto appena accennato che, a posizioni restrittive sovrapponibili nei risultati, conduce anche la politica di alcuni governi europeisti, preoccupati della concorrenza elettorale interna di partiti sovranisti (Francia e Germania).

I cinque Stati membri frontalieri (Cipro, Grecia, Italia, Malta, Spagna), che non sempre si trovano d'accordo sulla cooperazione nelle operazioni SAR, hanno invece tradizionalmente una posizione comune sulla riforma di Dublino, resa nota tramite un informale documento dove sono elencate alcune proposte per riequilibrare le proposte della Presidenza di turno della Bulgaria¹⁹. Altre riunioni fra Stati membri hanno portato alla Dichiarazione di Meseberg di Germania e Francia²⁰ e alle dichiarazioni dei Paesi di Visegrad (insieme all'Austria) preoccupati dalla volontà di manifestarsi del tutto contrari ai negoziati in atto²¹.

Tuttavia, il diritto dell'Unione viene messo in discussione da diversi Stati membri, sia con la sfida dell'inadempimento di misure obbligatorie di ricollocazione, sia con l'adozione di legislazioni nazionali di dubbia compatibilità comunitaria.

La tardiva azione di infrazione nei loro confronti segue la richiesta di annullamento da parte degli Stati membri che hanno, a loro volta, avanzato ricorso alla Corte di giustizia. La circostanza che le decisioni di ricollocazione avessero una durata temporale biennale (ormai scaduta) non impedisce la sanzione da parte della Corte di giustizia dell'inadempimento da parte dei Paesi di Visegrad refrattari alla ricollocazione, specialmente dopo la sentenza sulla conferma di validità delle decisioni in parola²².

dell'integrazione europea potrebbe venire da parte dei Gruppi euroscettici dell'"Europa delle Nazioni e della Libertà", dell'"Europa della Libertà e della Democrazia Diretta" o dei "Conservatori e Riformisti Europei" (che perderanno i rappresentanti dei conservatori britannici) o di un nuovo "Gruppo sovranista" e consentirebbe di formare una nuova maggioranza nel Parlamento europeo.

¹⁸ La Grecia, per cinque anni, è stata esclusa dal sistema di Dublino ed ora è stata riammessa a determinate condizioni, v. raccomandazione (UE) 2016/2256 della Commissione, dell'8 dicembre 2016, agli Stati membri sulla ripresa dei trasferimenti verso la Grecia a norma del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁹ Dublin Regulation Position paper of Cyprus, Greece, Italy, Malta and Spain on the Proposal recasting the Dublin Regulation, dell'aprile 2018, reperibile *online*, in cui si richiedeva di accorciare il periodo di responsabilità da dieci a due anni e si evidenziavano le vulnerabilità di un procedimento rigido al momento di crisi migratorie.

²⁰ V. Press and Information Office of the Federal Government, Germany, Meseberg Declaration, 21/4/2018, 19 June 2018, Renewing Europe's promises of security and prosperity, disponibile *online*.

²¹ Visegrad group and Austria summit declaration on setting up a mechanism for assistance in protecting the borders of the Western Balkan Countries, Budapest, Hungary, 21 June 2018, disponibile *online*.

²² La Commissione, nel giugno 2017, ha aperto una procedura d'infrazione contro Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria, per violazione del programma di ricollocazione obbligatoria, stabilito con la decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dei Paesi più colpiti da tale crisi, la Grecia e l'Ita-

Evidenti appaiono le violazioni del principio di leale collaborazione e l'inadempiamento del diritto dell'Unione accertato dalla Corte di giustizia. La Corte, nella sentenza *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio*²³, ha respinto i ricorsi, ricordando che occorre riconoscere alle istituzioni dell'Unione un ampio potere discrezionale, allorché esse adottano misure in settori che implicano, da parte loro, scelte che hanno natura politica e richiedono valutazioni complesse.

I Paesi di Visegrad si sono rifiutati di partecipare al mini-vertice informale del 20 giugno 2018 (con la partecipazione di sedici governi). In quella occasione, la Commissione ha dimostrato una ridotta autonomia rispetto alla richiesta stringente del governo tedesco di ottenere una soluzione per il rimpatrio automatico dei richiedenti protezione internazionale coinvolti in movimenti secondari²⁴. In sostanza, la riunione in parola non si è tenuta su *input* del presidente del Consiglio, come avrebbe dovuto essere in quanto riunione preparatoria del Consiglio europeo. Il ruolo primario di “trazione” è stato svolto dalla Commissione (soprattutto per l’attivismo del suo Segretario generale) anche tramite la circolazione di un documento di orientamento del dibattito politico: un documento che, in ogni caso, non avrebbe potuto essere approvato per la natura informale e volontaristica della partecipazione degli Stati membri.

Accanto ad altre questioni risolte con formule alquanto ambigue, di cui diremo in seguito, la principale mediazione nel Consiglio europeo del 28 giugno 2018²⁵ è apparsa quella dell’affermazione del principio politico della “solidarietà flessibile”, che rappresenta un’accettazione provvisoria della proposta dai Paesi di Visegrad, che elimina ogni obbligazione giuridica di ricollocazione dei nuovi arrivati, salva la riconferma di un contributo finanziario a favore dei Paesi che volontariamente decidano di assumere la responsabilità del nuovo richiedente-asilo. Senza prendere neanche in considerazione l’ipotesi di una cooperazione rafforzata, si realizza un semplice coordinamento fra Stati volenterosi che si impegnano politicamente ad una sorta di “reinsediamento interno all’Unione”. Per il suo carattere volontario, non sembra difficile prevedere che tale meccanismo potrà avere un impatto puramente simbolico nella condivisione dell’onere dell’accoglienza con i Paesi di ingresso/sbarco.

lia. La Slovacchia e l’Ungheria hanno impugnato la decisione dinanzi alla Corte di giustizia: v. H. LABAYLE, *Solidarity is not a value: Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 September 2017, disponibile online; S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online*, 2017, n. 3.

La procedura prevede la ricollocazione di persone in evidente bisogno di protezione internazionale. Sulla base di tali decisioni i richiedenti protezione internazionale appartenenti a nazionalità (o apolidi residenti) per le quali il tasso di riconoscimento della protezione internazionale è pari o superiore al 75% possono essere trasferiti in uno Stato membro – secondo le quote messe a disposizione dai Paesi che hanno aderito al programma di ricollocazione – nel quale sarà esaminata la loro domanda.

Nel processo è intervenuta la Polonia a sostegno dei ricorrenti, mentre il Consiglio, convenuto nel giudizio, è stato sostenuto, oltre che dalla Commissione, da numerosi Stati membri (Belgio, Germania, Grecia, Francia, Italia, Lussemburgo, Svezia).

²³ Sentenza del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell’Unione europea*, ECLI:EU:C:2017:631.

²⁴ Tale questione si mostrava di drammatica attualità per la tenuta della maggioranza di governo tedesco sulla base delle richieste ultimative del Ministro degli interni tedesco.

²⁵ C. CURTI GIALDINO, “*Avanti piano, quasi indietro*”: *considerazioni sui risultati del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018 in materia di immigrazione*, in *federalismi.it*, 2018, n. 14, 4 luglio 2018.

3. Nel Trattato di Maastricht, le politiche governate dal metodo intergovernativo erano organizzate nei sub-sistemi di diritto speciale dei ‘pilastri’ (politica estera e di difesa e politiche legate alla giustizia e agli affari interni) e nelle regole *ad hoc* della politica economica (con le relative politiche di bilancio).

Il Trattato di Lisbona, pur generalizzando l’applicazione delle regole del diritto dell’Unione, ha conservato il metodo intergovernativo per la *governance* di tali politiche, ampliando il ruolo politico del Consiglio europeo e riconoscendone la natura di istituzione dell’Unione. Nell’integrazione europea, il metodo intergovernativo permane, nella sua logica consensuale, tramite la regola dell’unanimità nel Consiglio europeo. Il relativo potere di veto dovrebbe costringere alla mediazione degli interessi nazionali per soluzioni comuni e un’azione comune; ma la medesima logica esalta la contrapposizione degli interessi nazionali e l’irrigidimento delle posizioni spesso concepite per compiacere l’elettorato nazionale. Al riguardo si ricordi il compromesso di Lussemburgo del 1966 che bloccò a lungo le regole di maggioranza contenute nel Trattato CE, riconoscendo il diritto di veto a ciascuno dei sei Stati fondatori nel caso di propri interessi vitali. Com’è noto, da quella situazione di stallo dell’integrazione, originò proprio la prassi dei vertici dei Capi di Stato e di governo.

I nuovi assetti istituzionali ruotano ormai intorno alla centralità del potere decisionale dei capi di governo degli Stati membri. L’esempio più clamoroso è rappresentato dall’Intesa con la Turchia del 22 marzo 2016 che incide profondamente in materie di competenza dell’Unione. A fronte della necessità di arrestare i flussi migratori lungo la rotta balcanica, la decisione degli Stati membri, legittimata in sede giurisdizionale dalla *Realpolitik* del Tribunale, ha determinato un *vulnus* irrimediabile alla costituzione dell’Unione, negando all’Intesa UE-Turchia l’evidente natura giuridica di accordo internazionale e riconoscendole invece quella di atto politico dei “Rappresentanti degli Stati membri in sede di Consiglio”²⁶.

Le conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018 confermano la volontà di “congelare” il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio dei ministri per l’adozione della riforma del regolamento Dublino IV, postulando a livello di indirizzo politico la ricerca del *consensus*²⁷. Il nuovo equilibrio dei poteri, considerato l’alto livello politico assunto dalle questioni dell’immigrazione, trasferisce del tutto il potere decisionale alla determinazioni dei capi di Stato e di Governo, svuotando il

²⁶ Ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:T:2017:128, punto 69: “Ciò premesso, il Tribunale considera che l’espressione ‘membri del Consiglio europeo’ e il termine ‘UE’, figuranti nella dichiarazione UE-Turchia (...), debbono intendersi come riferimenti ai capi di Stato o di governo dell’Unione”. In dottrina, v. E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism, A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2017, p. 251 ss.; S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It Wasn’t Me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, in *CEPS Policy Insights*, 28 April 2017, disponibile online. Il Tribunale ha negato l’accesso ai pareri redatti o ricevuti dal servizio giuridico relativi alle dichiarazioni UE-Turchia dell’8 e del 18 marzo 2016 sulla base del regolamento n. 1049/2001 (eccezioni relative alla tutela dell’interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali e alla tutela delle procedure giurisdizionali e della consulenza legale): v. sentenza del Tribunale del 7 febbraio 2018, causa T-852/16, *Access Info Europe*, ECLI:EU:T:2018:71.

²⁷ M. DI FILIPPO, *Unione europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018*, in *SIDIBlog*, 9 luglio 2018, disponibile online.

ruolo legislativo del Consiglio dei ministri affari interni e giustizia. Tuttavia, sembra difficile trovare un *consensus* persino sull'adozione delle conclusioni del Consiglio europeo, che adopera spesso frasi e concetti dal carattere ambiguo e compromissorio, considerata la forte divaricazione degli interessi nazionali. Soprattutto le decisioni del Consiglio europeo influenzano anche le decisioni legislative del Consiglio (dei ministri) che, secondo il Trattato, sono sottoposte al voto a maggioranza qualificata.

Al riguardo occorre ricordare che il Consiglio straordinario dei ministri dell'interno riunitosi il 22 settembre 2015 aveva approvato a maggioranza qualificata la proposta di "ricollocazione" negli altri Stati membri di un certo numero di rifugiati giunti in Italia e Grecia. La decisione era stata messa ai voti per l'opposizione di Ungheria, Slovacchia, Repubblica ceca e Romania (con l'astensione della Finlandia e l'assenza della Croazia al momento del voto). Tale gruppo di Stati non era comunque sufficiente ad imporre una "minoranza di blocco". Al riguardo, il diritto dell'Unione è stato messo in discussione da diversi Stati membri, sia con la sfida dell'inadempimento di misure obbligatorie di ricollocazione, sia con l'adozione di legislazioni nazionali di dubbia compatibilità comunitaria.

Alcuni Stati membri (Gruppo di Visegrad e Austria) si oppongono alla ricollocazione di quote di richiedenti asilo. L'interesse nazionale al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri assume un valore identitario così forte in alcuni Stati membri che questi hanno deciso di ricorrere alla Corte di giustizia contro la decisione del Consiglio (UE) 2015/1601 del 22 settembre 2015, con un meccanismo di quote in deroga al regolamento Dublino III. La Corte ha respinto i ricorsi, ricordando che occorre riconoscere alle istituzioni dell'Unione un ampio potere discrezionale allorché esse adottano misure in settori che implicano, da parte loro, scelte che hanno natura politica e implicano valutazioni complesse. Di conseguenza, solo il carattere manifestamente inappropriato di una misura decisa in uno di tali settori, rispetto all'obiettivo che dette istituzioni intendono perseguire, può inficiare la legittimità della misura in questione²⁸.

Nella attività di proposta legislativa e di esecuzione, la Commissione dimostra scarsa indipendenza da alcuni governi degli Stati membri. Come vedremo, la proposta Dublino IV è totalmente impostata sulla tutela degli Stati membri coinvolti nei movimenti secondari e penalizzante nei confronti di quelli di primo ingresso. Del resto, l'efficacia del diritto dell'Unione europea presenta limiti evidenti, soprattutto rispetto a provvedimenti legati all'emergenza, a fronte della discrezionalità della

²⁸ Dall'altro, la Slovacchia e l'Ungheria hanno impugnato la decisione dinanzi alla Corte di giustizia, che ha deciso con sentenza *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio*. Tra i commenti, v. 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.; H. LABAYLE, *Solidarity Is not a Value: Provisional Relocation of Asylum-seekers Confirmed by the Court of Justice*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 September 2017, reperibile online; G. MORGESE, *Principio di solidarietà e proposta di rifusione del regolamento Dublino*, in E. TRIGGIANI e al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 472 ss.; S. PEERS, *Analysis A Pyrrhic Victory? The ECJ Upholds the EU Law on Relocation of Asylum-seekers*, in *EU Law Analysis*, 8 September 2017, reperibile online; A. RIZZO, *Ricollocazione infracomunitaria e principio di solidarietà: un nuovo paradigma per le politiche d'asilo dell'Unione*, in *La Comunità Internazionale*, 2017, p. 397 ss.; U. VILLANI, *Il meccanismo di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale e il principio di solidarietà*, in *Sud in Europa*, dicembre 2017 - gennaio 2018, p. 3 ss.; L. RIZZA, *La riforma del sistema Dublino*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, n. 1, p. 19 ss.

Commissione nell'avvio e gestione della procedura di inadempimento e la lunghezza dei tempi per l'irrogazione di sanzioni finanziarie nei confronti degli Stati membri quando siano dichiarati inadempienti da una sentenza della Corte di giustizia.

In una logica intergovernativa risulta sminuito anche il potere di co-legislatore del Parlamento europeo che ha proceduto all'approvazione della sua risoluzione legislativa sulla proposta di regolamento Dublino IV e attende il trilogico con la Commissione e il Consiglio²⁹. Infatti, non ha prodotto alcuna incidenza sul dibattito intergovernativo la posizione (fortemente innovativa e dal carattere pienamente sovranazionale) adottata dal Parlamento europeo sul regolamento Dublino IV (Relazione Wikström) che prevede: l'eliminazione del criterio dello Stato di primo ingresso, anche per le persone soccorse in mare; l'adozione di un sistema di quote permanenti, calcolate in base a popolazione e PIL; la considerazione dei legami significativi tra richiedente protezione internazionale e la società ospitante. Del resto, se nei prossimi mesi non si realizzasse un accordo³⁰ tra Consiglio, Parlamento e Commissione, la posizione espressa dall'attuale maggioranza del Parlamento europeo potrebbe essere diversa dopo le prossime elezioni europee.

4. A seguito della crisi balcanica del 2015-16, la Commissione europea, sostenuta da alcuni Stati membri maggiormente coinvolti, ha proposto riforme restrittive del diritto secondario in materia di asilo, proponendo l'uniformità delle legislazioni nazionali tramite un pacchetto di regolamenti e una direttiva (accoglienza)³¹.

Il terreno di scontro è costituito attualmente dalla mancanza di intesa sulla riforma del regolamento di Dublino IV e sulla proposta del regolamento procedure³². I negoziati sulla riforma del sistema di Dublino mettono in evidenza la "precarietà" dell'*acquis* comunitario, mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia continua a rafforzare i diritti fondamentali, specie in relazione all'efficacia della tutela giudiziaria.

²⁹ Il trilogico è la riunione tripartita informale alla quale partecipano rappresentanti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione. L'obiettivo è cercare rapidamente un accordo su un insieme di emendamenti accettabili per il Parlamento e il Consiglio, accordo che, successivamente, deve poi essere approvato da tali istituzioni conformemente alle rispettive procedure interne. Il Parlamento europeo deve in via di principio dare accesso, su domanda precisa, ai documenti riguardanti i triloghi in corso: v. sentenza del Tribunale del 22 marzo 2018, causa T-540/15, *De Capitani c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:T:2018:167.

³⁰ Parlamento europeo, relazione A8-0345/2017, del 6 novembre 2017, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione).

³¹ Sulle proposte della riforma CEAS, v. G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza*, in *SIDIBlog*, settembre 2016, disponibile *online*. In particolare, sulla proposta di Dublino IV, v. M. DI FILIPPO, *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, *ivi*, maggio 2016, disponibile *online*; D. VITIELLO, *Du vin vieux dans de nouvelles outres? Réflexions sur la proposition de règlement "Dublin IV"*, in *European Papers*, 2016, p. 1235 ss., disponibile *online*.

³² Sull'avanzamento della riforma della proposta di regolamento-procedure, v. Council, doc. 10973/18, 11 July 2018, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU; PE A8-0171/2018, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, relatore: Laura Ferrara, relazione del 22 maggio 2018 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

Interessi nazionali contrastanti bloccano ogni correzione del sistema asimmetrico di Dublino III tra Stati membri di “prima” e di “seconda fila”. Le rivendicazioni di sovranità di alcuni Stati membri si esprimono contro la richiesta degli altri di solidarietà nella redistribuzione dei richiedenti asilo. In tal senso, il riequilibrio del sistema di Dublino appare sempre difficile, anche per effetto della ridotta attuazione delle due decisioni di ricollocazione del Consiglio del 2015, la cui validità è stata confermata dalla Corte di giustizia, ma ha dimostrato quanto sia complesso e contrastato un sistema di condivisione per quote.

Le procedure del regolamento Dublino III impostano i rapporti che discendono dai movimenti secondari in chiave di rapporti intergovernativi bilaterali. Come vedremo in seguito, la proposta Dublino IV è configurata in modo tale da privilegiare i Paesi coinvolti dai movimenti secondari di migranti, a scapito dei Paesi di primo ingresso.

Se l'onere dei Paesi di primo ingresso è già in sé insostenibile, la proposta della Commissione accresce ulteriormente l'asimmetria di diritti e doveri degli Stati membri. Inoltre, i Paesi di primo ingresso dovrebbero introdurre uno *screening* delle cause di inammissibilità della domanda³³. Secondo la proposta Dublino IV, la procedura di trasferimento sarebbe esclusa in alcune tipologie di domande considerate con disfavore (nuovo art. 3). Secondo la proposta di regolamento procedure, lo Stato che riceve la domanda di asilo avrebbe l'obbligo di deciderne l'inammissibilità se presentata da richiedente proveniente da un Paese di primo asilo o da un Paese terzo sicuro³⁴; o di esaminarla con procedura accelerata se il richiedente proviene da un Paese di origine sicuro, qualora rappresenti una minaccia per la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico o abbia semplicemente reiterato la domanda. La proposta prevede elenchi dell'UE di Paesi di origine sicuri e di Paesi terzi sicuri. Un elenco dei Paesi di origine sicuri è stato allegato alla proposta di regolamento, che non contiene invece un elenco dei Paesi terzi sicuri, da adottare successivamente.

La proposta della Commissione di Dublino IV e il testo del Consiglio *in itinere* prevedono il rafforzamento del principio del Paese di primo ingresso quale criterio della competenza per un lungo periodo, a far conto dalla data della registrazione Eurodac. La proposta fa venir meno le ipotesi di cessazione della competenza del Paese di primo ingresso. Termini di decadenza del criterio di competenza vengono ancora previsti per la richiesta di presa in carico, ma non più per quella di ripresa in carico (semplice notifica).

Secondo la proposta Dublino IV, il criterio del Paese di primo ingresso risulta, altresì, rafforzato dalle nuove formulazioni delle clausole di sovranità e umanitaria³⁵. In base alla prima, uno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale che non rientri nella propria competenza soltanto se nessuno Stato membro sia stato determinato come competente e solo per ragioni legate a motivi familiari. La nuova clausola umanitaria risulta quasi del tutto cancellata, in quanto ristretta alle ipotesi di ricongiungimento di persone legate da un vincolo di parentela.

³³ Doc. Council 10973/18, 11 July 2018.

³⁴ Art. 33, par. 2, lettere b) e c), della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (direttiva procedure).

³⁵ V. PETRALIA, *Clausola di sovranità e tutela dei diritti umani nel sistema di Dublino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 553 ss.

5. La proposta della Commissione relativa al regolamento Dublino prevede un meccanismo correttivo che scatterebbe in caso di pressione sproporzionata sul sistema di asilo di uno Stato membro tramite un calcolo di riferimento³⁶.

Sulla riforma, il Consiglio stenta a trovare una posizione condivisa³⁷. La Bulgaria, nella sua presidenza di turno, ha proposto un testo di compromesso che rafforza la responsabilità degli Stati frontalieri e riduce la solidarietà degli altri. Il meccanismo di redistribuzione sarebbe applicabile solo ove uno Stato di primo ingresso presenti un carico molto rilevante di nuovi ingressi³⁸. Il meccanismo ruota attorno al concetto di *fair share*: il numero di richiedenti asilo che ciascuno Stato membro dovrebbe accogliere in tempi normali, fissato sulla base degli arrivi dell'anno precedente e di una chiave di ripartizione (PIL e popolazione). Superata tale quota-*standard* sarebbe possibile adottare una serie di misure di sostegno da parte dell'Unione, ma la redistribuzione in altri Stati (al massimo 200.000 richiedenti asilo) si attiverebbe solo in casi di emergenze molto gravi³⁹.

Il testo di compromesso distingue diverse fasi del meccanismo di crisi⁴⁰. La seconda fase, quella delle circostanze problematiche, è stata suddivisa in due sotto-fasi. Il testo illustra misure e criteri aggiuntivi che dovrebbero essere applicati quando uno Stato membro si trova in circostanze problematiche o crisi gravi (capitolo VI A). In merito al processo decisionale, il testo propone che la decisione sia adottata dalla maggioranza qualificata inversa o dalla maggioranza qualificata rafforzata. Alcune delegazioni hanno proposto che il livello decisionale di condivisione obbligatoria sia affidato al Consiglio europeo malgrado sia evidente che quest'ultimo non può adottare atti giuridici in materia.

La proposta di compromesso include però una disposizione che riduce il campo di applicazione delle procedure di ammissibilità (*pre-screening*) in capo allo Stato di primo ingresso (art. 3, par. 3). In “circostanze normali”, sarebbe facoltativo per lo Stato della domanda eseguire i controlli pre-Dublino, mentre “in circostanze difficili” sarebbe invece obbligatorio⁴¹.

³⁶ Quando il numero di richieste di asilo in uno Stato membro supera del 150% il numero di riferimento, dovrebbe essere applicato un meccanismo correttivo che assegni ad altri Stati membri l'esame delle ulteriori domande presentate.

³⁷ Per il testo del negoziato sul regolamento Dublino IV, v. doc.7674/18, 9 April 2018, New Dublin: Reversing the Dynamics Council; doc. 7863/18, 17 April 2018, Note from Presidency (Bulgaria), doc. 8895/18, 17 May 2018.

³⁸ Per la proposta di compromesso, v. Consiglio, doc. 9520/18, del 30 maggio 2018, nota dalla Presidenza al Consiglio. Su base volontaria ad un tasso di incremento del 160% rispetto all'anno precedente; su base obbligatoria nel caso del 180% la proposta diminuisce la penale per il rifiuto di un richiedente da 250mila a 30mila euro. L'ipotesi di compromesso negoziale non è stata accettata dal Consiglio europeo del 28 giugno 2018.

³⁹ Quote volontarie quando il numero di arrivi nell'UE superi il 160% dell'anno precedente (con il voto a maggioranza degli Stati membri); quote obbligatorie se il flusso superi per più di due anni il 180% (con l'unanimità dei capi di Stato e di governo).

⁴⁰ Le fasi dei flussi migratori sono classificate in: *circostanze normali*, in cui il numero di richiedenti in uno Stato membro è uguale o inferiore a quello della quota equa (soglia *de minimis*); *circostanze difficili*, in cui il numero di richiedenti-asilo raggiunge il 90% della quota equa. Ciò innescherebbe un intervento del Consiglio europeo e la necessità di eccezionali misure.

⁴¹ ECRE, *Beyond Solidarity: Rights and Reform of Dublin*, Legal note n. 3, 2018, disponibile *online*.

6. Il rapporto giuridico si stabilisce fra lo Stato membro che richiede il trasferimento e lo Stato competente. Le richieste e le risposte intergovernative in entrata e in uscita (*ingoing/outgoing requests*) sono spesso facilitate da accordi bilaterali fra gli Stati membri, che hanno natura di intese amministrative e non sono oggetto di pubblicazione.

Il regolamento Dublino III disciplina due ipotesi di trasferimento del richiedente-asilo: la richiesta di *presa in carico* ad altro Stato-membro se è stata presentata una sola domanda ma il richiedente risulta registrato nella Banca Eurodac o vi siano prove che è passato da un primo Stato membro⁴²; la richiesta di *ripresa in carico* quando il richiedente abbia già presentato una prima domanda in un altro Stato⁴³. Tuttavia, la cessazione degli obblighi⁴⁴ è prevista in alcuni casi di discontinuità della fattispecie⁴⁵.

Il meccanismo dei trasferimenti è azionabile nel caso in cui un richiedente asilo abbia un collegamento con più di uno Stato membro⁴⁶. Altrimenti, si incardina la competenza esclusiva dello Stato di presentazione della domanda (art. 3, par. 2, co. 1).

Il meccanismo della proposta Dublino IV è favorevole agli Stati che sono coinvolti in movimenti secondari e penalizzante per gli Stati di primo ingresso, per tre aspetti principali.

Il primo aspetto riguarda il concorso nell'accertamento delle prove e delle valutazioni ai fini del trasferimento del richiedente-asilo. Solo la *richiesta di presa in carico* dovrebbe continuare ad essere oggetto di accertamento in concorso tra Stato di richiesta e Stato di invio; mentre la *richiesta di ripresa in carico* dovrebbe poggiare interamente sull'accertamento dello Stato in cui è stata presentata la domanda⁴⁷. Il trasferimento allo Stato-competente dovrebbe essere eseguito tramite una semplice *notifica di ripresa in carico* che, quale condizione procedurale, non richiede più una risposta nel merito, escludendo il contraddittorio fra i due Stati interessati (e, indirettamente del richiedente asilo).

Il secondo riguarda l'inversione della competenza fra gli Stati interessati dalla procedura di trasferimento in caso di mancato rispetto dei termini ordinari e di urgenza (art. 21, par. 1). Per la *ripresa in carico*, la decorrenza dei termini per la presentazione della richiesta non produrrebbe più l'inversione di responsabilità. Il termine di risposta sarebbe invece confermato: se lo Stato-richiesto non lo rispetta,

⁴² Tale ipotesi è nella prassi piuttosto rara perché è più frequente che sia stato stabilito un collegamento del richiedente con lo Stato di ingresso.

⁴³ Nel caso in cui non sia stata presentata una domanda di protezione internazionale, lo Stato in cui soggiorna senza titolo può chiedere allo Stato competente dove la domanda è in corso d'esame, o è stata ritirata o respinta con decisione *non* definitiva, di riprendere in carico l'interessato (art. 24).

⁴⁴ Quando il richiedente abbia lasciato il territorio dell'Unione per almeno tre mesi (art. 19, par. 2) o per effetto di una decisione di rimpatrio/allontanamento (art. 19, par. 3). Oltre all'ipotesi che un altro Stato membro abbia rilasciato un permesso di soggiorno assumendo la responsabilità del richiedente (art. 19, par. 1).

⁴⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 7 giugno 2016, causa C-155/15, *Karim*, ECLI:EU:C:2016:410.

⁴⁶ Ad es., perché entra nell'UE attraverso uno Stato membro, ma presenta la sua domanda di asilo in un secondo Stato.

⁴⁷ Le due procedure di *presa* e di *ripresa in carico* devono essere distinte nel ruolo e funzionamento (rispettivamente nuovi articoli 24-25 per la *presa in carico*, art. 26 per la notifica di *ripresa in carico*). Questa modifica è considerata importante dalla Commissione.

si considera accertata la sua competenza e sorge l'obbligo di prendere le opportune misure per il ricevimento del richiedente asilo trasferito (nuovo art. 25, par. 7).

Il terzo riguarda la fase di attuazione dei trasferimenti decisi, di cui il Regolamento Dublino III disciplina i termini a pena di inversione di competenza in capo allo Stato richiedente (art. 29). Nella proposta Dublino IV, alla scadenza del termine non è più collegata l'inversione della responsabilità dello Stato che ha effettuato la richiesta di trasferimento ma non si è poi curato di eseguirla.

7. Nell'ambito dei rapporti bilaterali intergovernativi descritti, i richiedenti protezione internazionale costituiscono soltanto l'oggetto dei trasferimenti (denominati tramite il neologismo "dublinanti" per la passività e soggezione che caratterizza la loro situazione) e dispongono di una ridotta legittimazione ad agire in giudizio per influire sui risultati del procedimento bilaterale che ha carattere intergovernativo.

Tale ridotta partecipazione è davvero in contrasto con la titolarità di un diritto individuale alla protezione internazionale, soprattutto perché perfezionato dopo il superamento delle frontiere di uno Stato membro dell'Unione. In tale dinamica intergovernativa, l'unica eccezione è costituita dal diritto al ricorso dei richiedenti asilo, la cui effettività si è accresciuta a seguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, alla luce del diritto primario della Carta dei diritti e della giurisprudenza della Corte EDU (specie in materia di *non-refoulement*).

Per l'attuazione dei trasferimenti, il regolamento Dublino III prevede l'obbligo degli Stati membri di notificare le decisioni di trasferimento al richiedente interessato, nonché la procedura e le modalità per farlo, e il contenuto che caratterizza la notifica (art. 26). Rimedi per impugnare una decisione di trasferimento sono previsti in tutti gli Stati membri entro limiti temporali ragionevoli con sospensione automatica (art. 27, par. 3, lett. c).

Allo scopo di evitare i movimenti secondari la proposta Dublino IV sancisce, per la prima volta, specifici obblighi e sanzioni a carico del richiedente. Nei confronti di chi si sposta senza autorizzazione si propone il diniego delle misure di accoglienza – fatta salva l'assistenza sanitaria d'urgenza – in qualunque Stato membro ad eccezione di quello dove dovrebbe trovarsi in attesa che la procedura-Dublino sia terminata (art. 5, n. 3)⁴⁸. Al posto di un semplice obbligo di cooperazione con le autorità, i richiedenti entrati illegalmente avranno l'obbligo di presentare domanda nello Stato membro in cui hanno effettuato l'ingresso non autorizzato (art. 4, par. 1). Le modifiche prevedono termini brevi (tanto da rendere inutile una procedura d'urgenza), che non comportano più l'eliminazione dell'inversione della competenza. In materia di rimedi giurisdizionali, la proposta accelera e armonizza il procedimento di appello con sospensione automatica del trasferimento.

Nella proposta Dublino IV, i motivi di ricorso sono limitati alla violazione del divieto di trasferire un richiedente nel caso di rischio di trattamenti inumani o degradanti, alla violazione dei criteri collegati alla minore età del richiedente e all'esistenza di legami familiari e della clausola sulle persone a carico (art. 28, par.

⁴⁸ Quest'ultima misura sembra contrastare oltre che con principi e norme fondamentali sanciti nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali, anche con la direttiva accoglienza, ai sensi della quale le misure di accoglienza possono essere rifiutate, ridotte o revocate da uno Stato soltanto in presenza di determinate circostanze, fra cui non compare quella in oggetto (v. sentenza del 27 settembre 2012, causa C-179/11, *Cimade e Gisti*, ECLI:EU:C:2012:594).

4). La proposta di Dublino IV vorrebbe, invece, limitare i motivi di ricorso ai rischi sistemici per i diritti umani nel Paese membro di invio, ed escludere altri possibili motivi, quali ad es. i criteri di competenza.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la trama intergovernativa del regolamento Dublino si arricchisce di considerazioni relative ai diritti individuali delle persone coinvolte. L'*acquis* comunitario impedisce ora il respingimento automatico da parte degli Stati di destinazione/preferenza dei richiedenti senza che sia concessa loro un'effettiva tutela di ricorso⁴⁹.

Occorre ricordare il precedente orientamento della Corte di giustizia, che nella sentenza *Abdullahi* aveva stabilito che i motivi di ricorso o di revisione da parte del richiedente in relazione al trasferimento (a seguito di accettazione dello Stato competente) erano limitati all'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza nello Stato di invio. La Corte ha altresì stabilito, nella sentenza *Affum*⁵⁰, che gli accordi di rimpatrio consentono allo Stato membro sul cui territorio si trovi il migrante irregolare di adottare la procedura di rimpatrio verso lo Stato che riprende in carico il migrante.

Il nuovo orientamento della Corte di giustizia ha avuto inizio nella sentenza *C. K.*, che ha interpretato in modo più ampio il rischio conseguente al trasferimento, affermando che un trattamento inumano o degradante può verificarsi qualora vi sia un rischio "reale ed acclarato" di un deterioramento "significativo e irrimediabile" dello stato di salute dell'interessato⁵¹. Successivamente la Corte in numerose sentenze ha specificamente statuito sulla legittimazione a ricorrere del richiedente asilo, escludendo che il raggiungimento di un accordo tra i due Stati coinvolti nella procedura impedisca al singolo di proporre ricorso o chiedere la revisione della decisione di trasferimento. Tra i motivi di ricorso dell'interessato è stata considerata l'erronea valutazione dei criteri di determinazione della competenza da parte dei due Stati coinvolti nella procedura di trasferimento.

L'errata applicazione del criterio di competenza è stata riconosciuta per la prima volta come motivo di ricorso nella sentenza *Gazbellah*⁵². L'interessato aveva contestato il trasferimento in quanto era pronto a dimostrare di essere uscito dal territorio dell'Unione europea, dopo la concessione di un visto. Pertanto la sua era da considerarsi una nuova domanda, che richiedeva una nuova determinazione dello Stato

⁴⁹ V. sentenza della Corte (Grande Sezione) del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, ECLI:EU:C:2013:813. Per un commento cumulativo di una parte del nuovo indirizzo giurisprudenziale, v. V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza degli Stati dell'Unione europea nel sistema di Dublino: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 2017, n. 14, reperibile online; D. THYM, *Judicial Maintenance of the Sputtering Dublin System on Asylum Jurisdiction: Jafari, A.S., Mengesteb and Shiri*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 549 ss.

⁵⁰ Gli Stati membri possono concludere accordi bilaterali per il rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115 (art. 6, par. 3) per la consegna di un migrante irregolare da parte di uno Stato membro in cui si trova allo Stato in cui era illegalmente entrato: v. sentenza del 7 giugno 2016, causa C-47/15, *Affum*, ECLI:EU:C:2016:408.

⁵¹ Cfr. la sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C. K. e a. c. Slovenia*, ECLI:EU:C:2017:127, spec. punti 92-96.

⁵² Il criterio applicato era quello della concessione di una domanda di permesso di soggiorno temporaneo registrato nel Sistema d'Informazione Visti dell'Unione europea (VIS), da parte di un altro Stato membro che aveva successivamente accettato la propria competenza e la ripresa in carico: v. sentenza del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*, ECLI:EU:C:2016:409.

competente. Anche nella parallela sentenza *Karim*⁵³, il motivo di ricorso riguardava l'uscita del ricorrente dal territorio dell'Unione. Al riguardo, la Corte ha dichiarato che la violazione della regola sulla determinazione della competenza può essere dedotta dal richiedente, nell'ambito di un ricorso presentato contro una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti.

Il principio dell'inversione della competenza alla scadenza del termine per il trasferimento, anche se lo Stato richiesto fosse disposto alla ripresa in carico, viene riaffermato nella sentenza *Mengesteab*⁵⁴. Secondo il ragionamento della Corte, il legislatore dell'Unione non si è limitato a fissare regole organizzative che disciplinano i rapporti tra gli Stati membri al fine di determinare lo Stato membro competente, ma ha deciso di coinvolgere in tale procedura i richiedenti asilo, garantendo loro, tra l'altro, un diritto di ricorso effettivo avverso qualsiasi decisione di trasferimento eventualmente adottata nei loro confronti.

La Corte ha precisato nella sentenza *Shiri*⁵⁵ che la competenza passa automaticamente allo Stato membro che ha chiesto la presa in carico anche in assenza di una risposta da parte dello Stato membro competente entro il termine (sei mesi a decorrere dall'accettazione della sua ripresa in carico). Secondo la sentenza *Hasan*⁵⁶, gli avvenimenti successivi alla decisione di rinvio o al rigetto della domanda sono da considerarsi rilevanti se, nelle more, intervengano circostanze che modifichino i criteri di competenza.

La procedura di trasferimento non può produrre un respingimento automatico. Nella sentenza *Hassan*⁵⁷ la Corte ha evidenziato i diritti individuali dei richiedenti. Secondo l'interpretazione storico-sistematica del regolamento Dublino III, il richiedente asilo deve poter contare sugli elementi di prova e delle circostanze indiziarie di entrambi gli Stati coinvolti nella procedura di trasferimento⁵⁸.

Nella sentenza *Gnandi*⁵⁹, la Corte ha confermato quanto affermato nella sentenza *Affrum* secondo cui, alla luce del principio di *non-refoulement* e del diritto ad un ricorso effettivo⁶⁰, la direttiva 2008/115/CE (rimpatrio) non impedisce che le autorità nazionali adottino una decisione di rimpatrio nei confronti del richiedente protezione internazionale. La condizione è la sospensione di tutti gli effetti giuridici della decisione nelle more dell'esito del ricorso. In tale periodo, il richiedente può beneficiare dei diritti riconosciuti dalla direttiva accoglienza e far valere qualsiasi mutamento delle circostanze, verificatesi successivamente all'adozione della decisione, che presentino rilevanza significativa per la valutazione della situazione dell'interessato.

⁵³ Lo Stato della domanda, verificato nel sistema Eurodac che l'interessato aveva già presentato la domanda di protezione in altro Stato, ne aveva chiesto con esito positivo la ripresa in carico: v. sentenza del 7 giugno 2016, causa C-155/15, *Karim*, ECLI:EU:C:2016:410.

⁵⁴ Sentenza del 26 luglio 2017, causa C-670/16, *Tsegezab Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:587.

⁵⁵ Sentenza del 25 ottobre 2017, causa C-201/16, *Majid Shiri*, ECLI:EU:C:2017:805.

⁵⁶ Sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-360/16, *Hasan*, ECLI:EU:C:2018:35.

⁵⁷ Sentenza del 31 maggio 2018, causa C-647/16, *Hassan*, ECLI:EU:C:2018:368.

⁵⁸ *Ivi*, punti 53 e 61.

⁵⁹ Sentenza del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Sadikou Gnandi*, ECLI:EU:C:2018:465.

⁶⁰ V. articoli 18, 19, par. 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali.

8. La creazione di muri fisici e barriere legali per la chiusura dei confini all'immigrazione è un fenomeno che riguarda ormai molti Paesi occidentali, dall'Australia agli Stati Uniti. Nell'Unione europea si ritrovano i muri dell'Ungheria con la Croazia e la Slovenia, della Francia a Bardonecchia, della Spagna a Ceuta e Melilla, del Regno Unito a Calais, della Grecia nelle Isole del Dodecaneso per il rinvio dei siriani verso la Turchia.

Uno degli aspetti giuridici della crisi riguarda l'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, quando siano collegate alla specificità delle regole dei salvataggi in mare e dei relativi sbarchi. Secondo il Governo italiano, si dovrebbero chiudere frontiere e porti per "regionalizzare" gli sbarchi negli altri porti mediterranei dell'Unione. La difficile questione (non nuova) del regime applicabile a questa attività riguarda regole dell'Unione europea⁶¹, piani operativi delle missioni europee e convenzioni di diritto internazionale. In particolare, sul piano dei diritti umani e del principio di *non-refoulement*⁶², la Corte europea ha condannato pratiche di rinvio verso la Libia (caso *Hirsi*)⁶³. Le autorità italiane hanno l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie affinché le persone soccorse possano sbarcare nel più breve tempo possibile in un luogo sicuro (Convenzione SAR, par. 3.1.9); la permanenza prolungata sulla nave, in condizioni di sovraffollamento, in particolare ove riguardi minori, donne incinte e persone bisognose di cure mediche o traumatizzate, può essere considerata un trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU). Occorre infine rispettare il principio del superiore interesse del minore sancito dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Il divieto di accesso ai porti italiani, con la conseguente impossibilità di valutare le singole situazioni delle persone interessate, può comportare eventuali violazioni della libertà personale (art. 5 CEDU)⁶⁴, del divieto di espulsioni collettive (art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU), del principio di *non-refoulement* e del diritto di accedere alla procedura d'asilo sancito dalla Convenzione di Ginevra e dal diritto dell'Unione.

La questione dello sbarco in un "posto sicuro" o del "posto più vicino" è stata sollevata nella recente prassi generalizzata di blocco delle attività delle ONG nell'ambito della missione Frontex (*Themis*), dell'operazione militare dell'Unione

⁶¹ Nel regolamento (UE) n. 2016/1624, del 14 settembre 2016, che istituisce la nuova Guardia di frontiera europea, si fa un espresso riferimento ai doveri di salvataggio, ma non si riscontra una chiara indicazione sulla possibilità (o sul dovere) di sbarco dei naufraghi in un porto sicuro (*place of safety*). L'art. 4 del regolamento del 2016, tuttavia, richiama espressamente gli obblighi di ricerca e salvataggio sanciti dal regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

⁶² J. C. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal Transnational Law*, 2015, n. 2, p. 235 ss.

⁶³ Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e al. c. Italia*. In particolare, la Corte ha rilevato che i ricorrenti "were not only deprived of their liberty without a clear and accessible legal basis, they were also unable to enjoy the fundamental safeguards of habeas corpus, as laid down, for example, in Article 13 of the Italian Constitution. (...) Since the applicants' detention had not been validated by any decision, whether judicial or administrative, they were deprived of those important safeguards" (par. 105).

europea (*Sophia*)⁶⁵ o da parte di navi militari italiane⁶⁶. Altri Stati membri hanno negato di essere obbligati a condividere/accogliere le persone sbarcate, ma hanno dato la disponibilità in situazione di gravi difficoltà umanitarie a bordo (Spagna)⁶⁷ o accettato quote volontarie con numeri piuttosto simbolici (Francia, Germania, Malta, Spagna, Portogallo e Irlanda).

La creazione di una zona Sar della Libia registrata presso l'IMO⁶⁸ riduce l'intervento diretto o indiretto delle navi italiane o delle ONG, consentendo di poter sostenere che le operazioni non sono state svolte sotto il coordinamento navale italiano e quindi gli sbarchi devono svolgersi nei porti di altri Stati membri o di Stati terzi. La questione è se sia legittimo affidare la responsabilità del soccorso ad un Paese che non può essere considerato "place of safety".

Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018 si introduce l'esternalizzazione della valutazione delle posizioni fra richiedenti protezione internazionale e immigrati economici in "piattaforme di sbarco regionali", da realizzare in cooperazione con i Paesi terzi, sotto l'egida di UNHCR e OIM oppure in centri collocati in Stati membri volontariamente disponibili ("centri chiusi"). Le conclusioni, nel riferirsi ai centri su territorio UE, usano l'espressione "centri sorvegliati" (in italiano) e "controlled centres" (in inglese), espressioni che sembrerebbero alludere a una restrizione generalizzata alla libertà personale delle persone sbarcate⁶⁹.

Sull'esternalizzazione dei controlli dei flussi migratori, secondo lo schema dell'accordo Unione/Turchia, gli Stati membri sono d'accordo ma restano difficoltà insormontabili di attuazione pratica, per l'indisponibilità di Paesi terzi ad accogliere i campi di sbarco. Al momento non sembrano esservi Stati membri o terzi disponibili ad ospitare tali centri per il diffuso timore che le relative situazioni provvisorie

⁶⁵ Dalle notizie di stampa si apprende che il Comitato politico e di sicurezza (Cops) del 20 luglio 2018 ha accettato una revisione della missione *Sophia* sulla base degli orientamenti espressi dal Consiglio europeo del 28 giugno 2018, ma non la richiesta italiana immediata di cambiare il piano operativo che prevede lo sbarco dei migranti solo nei porti italiani.

⁶⁶ Secondo il Governo italiano, "Responsabilità comune tra Stati membri su naufraghi in mare. Non può ricadere tutto sui Paesi di primo arrivo. Superare il concetto di 'attraversamento illegale' per le persone soccorse in mare e portate a terra a seguito di Sar. Bisogna scindere tra porto sicuro di sbarco e Stato competente ad esaminare richieste di asilo. L'obbligo di salvataggio non può diventare obbligo di processare domande per conto di tutti": v. nota della Presidenza del Consiglio dei ministri italiano, Bruxelles, 24 giugno 2018, punto 6, disponibile *online*. Sulla questione della responsabilità nell'attuazione delle misure extra-territoriali, v. A. LIGUORI, *Some Observations on the Legal Responsibility of States and International Organizations in the Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 135 ss., disponibile *online*; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 1, p. 5 ss.

⁶⁷ D. VITIELLO, *Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'Aquarius*, in *SIDIBlog*, 29 giugno 2018.

⁶⁸ Secondo l'IMO, la Libia ha fornito le informazioni al database GISIS. Il 12 giugno scorso l'International Maritime Organization aveva confermato che era stata inserita l'indicazione relativa ad un'autorità nazionale libica nel piano globale di ricerca e soccorso dell'IMO.

⁶⁹ Le conclusioni del Consiglio europeo sono state sviluppate nel Comunicato stampa della Commissione dal titolo *Managing migration: Commission expands on disembarkation and controlled centre concepts*, Brussels, 24 July 2018. Il comunicato riporta in allegato il link al *Non-paper on "controlled centres" in the EU - interim framework*, un progetto pilota ricalcato dagli schemi degli *Hotspot*, e al *Non-paper on regional disembarkation arrangements*, in cui si promuove la piena operatività di Zone Sar per tutti gli Stati del Mediterraneo.

siano destinate a stabilizzarsi nel tempo, considerata la riluttanza al ricollocamento o al reinsediamento da parte di molti Stati membri

La Commissione europea è pronta a svolgere pienamente la sua funzione di coordinamento degli sbarchi⁷⁰ anche se “non va però dimenticato che l’Ue non ha competenza per determinare il luogo/porto sicuro da usare per gli sbarchi in seguito a un’operazione di ricerca e salvataggio in mare”. Appare evidente che la controversia sulla chiusura dei porti ad ogni tipologia di nave si svolgerà sul piano inter-governativo o nell’ambito dei Piani operativi di *Themis* e *Sophia*. La valutazione della legittimità del respingimento in porti libici dei migranti soccorsi in mare sarà di competenza della Corte europea dei diritti umani.

Infine, dal punto di vista teorico, appare interessante la definizione della presa in carico delle persone sbarcate⁷¹, in particolare se gli sbarchi in uno Stato frontaliere a seguito di salvataggio in mare siano equiparabili ad un attraversamento irregolare di frontiera oppure ad un attraversamento autorizzato, sia pure in modo informale. Il dubbio è fondato, malgrado nella prassi vi sia stata un’assoluta equiparazione ad un attraversamento irregolare di frontiera, perché il rapporto con le autorità del porto costituisce una sorta di lascia-passare (un visto “informale” di ingresso). La questione è stata sollevata dall’Avvocato generale Sharpston sia nel caso *Jafari*⁷² per l’attraversamento delle frontiere terrestri con il sostegno del Paese frontaliere medesimo (Croazia) sia nel caso *Mengesteab*⁷³ per l’attraversamento delle frontiere marittime.

9. L’*acquis* di Schengen è parte integrante del diritto primario (Protocollo n. 19 del Trattato di Lisbona).

A lungo i controlli di frontiera sono stati dissimulati con i controlli di polizia *ex art. 23* codice frontiere Schengen (CFS)⁷⁴. La continuità del sistema è però a rischio a causa del ripristino ininterrotto dei controlli alle frontiere da parte di alcuni Stati membri (Germania, Austria, Svezia, Danimarca e Norvegia) dopo la crisi balcanica dei flussi migratori⁷⁵. Le successive proroghe sono state decise ad oltranza, sino ad un limite temporale che appare in violazione delle regole del regolamento codice frontiere. Tale comportamento degli Stati in parola configura un inadempimento del diritto dell’Unione, almeno fino a quando l’illegalità non sarà sanata dall’adozione

⁷⁰ Lettera del Presidente della Commissione europea Juncker al Presidente del Consiglio dei ministri italiano Conte, Bruxelles, 19 luglio 2018, disponibile *online*.

⁷¹ M. DI FILIPPO, *Unione europea e flussi migratori*, cit.

⁷² Conclusioni del 20 luglio 2017, causa C-201/16, *Jafari*, ECLI:EU:C:2017:579. Sulla sentenza v. F. FERRI, *Il regolamento “Dublino III” tra crisi migratoria e deficit di solidarietà: note (dolenti) sulle sentenze Jafari e A.S.*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 519 ss.

⁷³ Conclusioni del 20 giugno 2017, causa C-670/16, *Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:480, paragrafi 44-57; S. POULARAKIS, *Responsibility drifting in the sea – Search and rescue operations and the Dublin Regulation*, in *EDAL blog*, 25 June 2018, disponibile *online*.

⁷⁴ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen). Le modalità e le ragioni sono più complesse e articolate: v. E. PISTOIA, *Il muro invisibile ma impervio di Ventimiglia*, in *federalismi.it*, 2018, n. 3, disponibile *online*.

⁷⁵ Comunicazione della Commissione, del 27 settembre 2017, Preservare e rafforzare Schengen, COM(2017)570 final; doc. Council 8210/18, 25 April 2018; 9852/18, 14 June 2018. S. PLATON, *30 days, six months... forever? Border control and the French Council of State*, in *VerfBlog*, 9 gennaio 2018, disponibile *online*.

di una proposta di modifica legislativa del regolamento codice frontiere che legittimi un allungamento della chiusura delle frontiere interne⁷⁶.

Com'è noto, esistono due eccezioni alla libera circolazione delle persone in cui è possibile ripristinare i controlli alle frontiere interne. La prima è prevista quando sussista una grave minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna (articoli 25 e 28 CFS)⁷⁷. La seconda, che prevede una raccomandazione del Consiglio, in caso di gravi carenze nell'esecuzione dei controlli alle frontiere esterne che costituiscono di per sé una seria minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna (art. 29, introdotto nel 2013).

In risposta all'afflusso di rifugiati, alcuni Stati membri hanno reintrodotta nell'ottobre 2015 controlli alle proprie frontiere, invocando l'eccezione di ordine pubblico. In particolare la Germania ha informato il Consiglio che, a causa del grande flusso di persone alla ricerca di protezione internazionale, avrebbe ripristinato i controlli alle frontiere interne per un periodo di sei mesi. Nel suo parere su tale richiesta la Commissione ha affermato che, anche se i flussi migratori non possono in sé rappresentare una seria minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, nel caso di specie avrebbero potuto essere ritenuti un motivo giustificato per la reintroduzione dei controlli⁷⁸.

Sulla pretesa dei rischi di movimenti secondari (dalla Grecia e dall'Italia), alcuni Stati hanno continuato ad effettuare i controlli alle frontiere interne, ricorrendo in via successiva e alternativa ai due principali meccanismi del codice frontiere Schengen (meccanismi *ex* articoli 29 e 25-26 CFS)⁷⁹ per evitare la regola della massima estensione temporale⁸⁰ (rispettivamente due anni e otto mesi).

Il Consiglio ha emesso il 12 maggio 2017 una raccomandazione ai sensi dell'art. 29 CFS, in cui ha informato la Germania, l'Austria, la Danimarca, la Norvegia e

⁷⁶ Per la proposta di modifica, v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2017, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda le norme applicabili al ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne, COM(2017)571 final; Draft Report del Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur: Tanja Fajon, del 12 aprile 2018; raccomandazione (UE) 2017/1804 della Commissione, del 3 ottobre 2017, relativa all'attuazione delle disposizioni del codice frontiere Schengen sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera alle frontiere interne dello spazio Schengen.

⁷⁷ (i) per un periodo massimo di sei mesi (art. 25) nei casi di eventi prevedibili (ad esempio eventi politici) o (ii) per un periodo massimo di due mesi (art. 28) in casi che richiedono un'azione immediata. Per l'elenco delle misure, v. Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders, pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code.

⁷⁸ Al par. 29 del parere, la Commissione ha spiegato che il numero di persone che arrivavano nell'UE era straordinario, e che la maggior parte di quelle persone non era stata registrata in un altro Stato membro dell'UE, comportando una preoccupazione per la sicurezza.

⁷⁹ L'art. 29, par. 5, prevede che possa essere applicato cumulativamente all'art. 25, in quanto i due meccanismi affrontano diversi criteri per il ripristino dei controlli alle frontiere interne: una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna; una minaccia causata da gravi carenze nella gestione delle frontiere esterne di un altro Stato membro.

⁸⁰ Sulla base delle attuali norme Schengen, i controlli di frontiera alle frontiere interne sono possibili per un periodo superiore ai sei mesi qualora vi siano gravi carenze nella gestione delle frontiere esterne di uno Stato membro (carenze dimostrate da una valutazione Schengen) che pongano rischi per il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne, oppure in conseguenza della mancata conformità di uno Stato membro a una decisione del Consiglio che definisce le misure che dovrebbero attenuare i rischi nel controllo delle frontiere esterne, che compromettono il funzionamento dello spazio Schengen (procedura di cui all'art. 29 del codice frontiere Schengen, quale modificato dal regolamento (UE) 2016/1624, cit.).

la Svezia che avrebbero potuto ripristinare i controlli alle frontiere per un ulteriore periodo di sei mesi. Tale raccomandazione potrebbe essere emessa solo quando persistano carenze alla frontiera esterna di uno degli Stati Schengen (art. 21). Il Consiglio ha basato la sua raccomandazione sull'esistenza di gravi e persistenti carenze alle frontiere esterne greche. In seguito alla prima raccomandazione, il Consiglio ha successivamente prorogato tre volte la reintroduzione dei controlli a norma dell'art. 29 per il periodo massimo di tempo ammissibile (2 anni sino all'11 novembre 2017)⁸¹.

Successivamente, l'unica possibilità offerta dal CFS per prolungare ulteriormente i controlli alle frontiere interne era il ricorso ai motivi di ordine pubblico *ex art. 25 CFS*, in riferimento alla situazione della sicurezza in Europa e alle minacce derivanti dai continui e significativi movimenti secondari. Altrettanto ha comunicato la Francia, sulla base della medesima norma in riferimento ad una "minaccia terroristica persistente". È dubbio che le giustificazioni apportate possano essere considerate minacce persistenti e continuate per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, ma la Commissione non ha mai messo in discussione la validità di tali motivi. L'art. 25 non prevede però una proroga oltre il periodo di sei mesi, già scaduto, rendendo il prolungamento dei controlli contrari alla lettera del codice frontiere Schengen. Tuttavia, i medesimi Stati hanno nuovamente confermato i controlli alle frontiere interne fino all'11 novembre 2018 con la medesima giustificazione. La legalità e la legittimità di quest'ultima reintroduzione dei controlli alle frontiere sono dubbie, apparendo contrarie al testo del CFS e potenzialmente creando la possibilità di un ripristino illimitato dei controlli alle frontiere.

Tale illegittimità sarebbe sanata se fosse adottata una proposta della Commissione, ancora in corso di negoziazione, che estende l'applicabilità temporale dell'art. 25 CFS. Ai sensi della proposta, gli Stati membri possono prolungare ulteriormente i controlli alle frontiere interne⁸² nel rispetto di requisiti procedurali più rigorosi, quali una preventiva valutazione della idoneità della precedente reintroduzione dei controlli di frontiera, che abbia contribuito a ridurre la minaccia identificata. La proposta di modifica del CFS consente agli Stati membri un maggiore margine di manovra, anche se qualsiasi reintroduzione del controllo di frontiera deve essere una misura di ultima istanza, proporzionata e necessaria.

In ogni caso, secondo la commissione LIBE del Parlamento europeo (progetto di relazione), la proposta mira a legittimare le pratiche degli Stati membri in violazione delle attuali disposizioni del CFS. A tal fine, non appare invece adeguata una raccomandazione della Commissione⁸³ che tende a giustificare la legittimità del prolungamento dei controlli, anticipando nella forma di *soft-law* il contenuto della proposta legislativa di modifica del CFS.

⁸¹ Decisione di esecuzione (UE) 2017/818 del Consiglio, dell'11 maggio 2017, recante una raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen.

⁸² La proposta di art. 27-bis CFS prevede per l'applicazione dell'art. 25 un periodo di sei mesi, rinnovabile tre volte, se la grave minaccia continua dopo tale anno e se misure nazionali eccezionali e adeguate siano state prese nel territorio di quello Stato membro per far fronte a questa minaccia (es. stato di emergenza).

⁸³ Raccomandazione (UE) 2017/1804 della Commissione, del 3 ottobre 2017, relativa all'attuazione delle disposizioni del codice frontiere Schengen sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera alle frontiere interne dello spazio Schengen.

10. L'efficacia transnazionale delle attività di controllo alle frontiere viene riconosciuta come valore aggiunto al sistema delle banche-dati in materia, soprattutto nella registrazione dei nuovi arrivi (Eurodac). In cambio delle due decisioni di ricollocazione a favore dell'Italia e della Grecia del 2015, è stato introdotto il meccanismo degli *hotspot*, che ha determinato la registrazione universale dei nuovi migranti in arrivo, con un considerevole vantaggio per gli Stati membri coinvolti dai movimenti secondari che possono bloccare le domande di protezione internazionale e procedere al rinvio verso il Paese di registrazione, salva la possibilità di ricorso degli interessati.

Il sistema di visti che fa parte dell'*acquis* di Schengen rappresenta al contempo uno strumento di controllo dei rischi per la sicurezza e della migrazione irregolare nell'Unione⁸⁴. Una parte dei migranti in posizione irregolare da rimpatriare ha fatto ingresso nell'UE legalmente, ottenendo un visto e continuando a soggiornare nell'Unione dopo la sua scadenza. Nel 2014 la Commissione ha proposto una rifusione del codice dei visti che non è stata adottata, a causa delle posizioni divergenti del Parlamento e del Consiglio sull'introduzione di un meccanismo di visti umanitari⁸⁵. Dopo che i visti di ingresso a carattere umanitario non sono stati considerati dalla Corte di giustizia come rientranti nell'ambito di applicazione del codice visti dell'Unione⁸⁶, occorre sottolineare che le "vie legali di accesso" sono ridotte nel diritto dell'Unione ai numeri simbolici delle raccomandazioni di reinsediamento⁸⁷. La Commissione ha pertanto deciso di ritirarla e di presentarne una nuova proposta che collega visti e cooperazione in materia di riammissione⁸⁸. In quest'ottica, la Commissione propone un quadro per la definizione di condizioni più rigorose per il trattamento delle domande di visto qualora un Paese terzo non cooperi in maniera soddisfacente.

Un'ultima questione riguarda i controlli alle frontiere e i controlli di sicurezza tramite l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'Unione, che tende a facilitare il controllo degli operatori (guardie di frontiera, autorità di contrasto, operatori dei servizi per l'immigrazione, addetti ai visti o autorità giudiziarie)⁸⁹.

⁸⁴ Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti); regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata (regolamento VIS).

⁸⁵ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 1° aprile 2014, relativo al codice dei visti dell'Unione (codice dei visti) (rifusione), COM(2014)164 final: v. S. PEERS, *External processing of applications for international protection in the EU*, in *EU Law Analysis*, 24 April 2014, reperibile *online*. Tale proposta alla fine non è stata adottata perché il Parlamento e il Consiglio non si sono accordati sull'inclusione di visti "di passaggio sicuro" per coloro che necessitavano di protezione.

⁸⁶ Sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X c. Belgio*, ECLI:EU:C:2017:173. Sulla questione, v. G. CELLAMARE, *Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 527 ss.

⁸⁷ Raccomandazione (UE) 2017/1803 della Commissione, del 3 ottobre 2017, sul rafforzamento dei percorsi legali per le persone bisognose di protezione internazionale.

⁸⁸ Sulla riforma del codice visti in corso, v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2018, recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), COM(2018)252 final.

⁸⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE (frontiere e visti), COM(2017)793 final, e proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicem-

Le proposte si concentrano sui sistemi di informazione complementari operati a livello centrale che, ad eccezione del sistema d'informazione Schengen (SIS), riguardano esclusivamente i cittadini di Paesi terzi (tre dei quali esistenti: sistema d'informazione Schengen, Eurodac, sistema di informazione visti), uno pronto (sistema di ingressi/uscite) e due nella fase di discussione tra i co-legislatori (sistema europeo di informazione e di autorizzazione di viaggio, sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari per i cittadini di Paesi terzi).

Le proposte hanno un potenziale impatto su una serie di diritti fondamentali, quali il diritto al rispetto della vita privata e, in particolare, il diritto alla propria identità (art. 7 della Carta). D'altra parte, lo svolgimento di verifiche basate su dati biometrici può essere percepito come un'interferenza con il diritto alla dignità della persona (art. 1). La Commissione sostiene che la proposta integra tutte le norme sulla protezione dei dati stabilite nel regolamento generale sulla protezione dei dati. I periodi di conservazione dei dati (se pertinenti) sono appropriati e limitati. L'accesso ai dati è riservato esclusivamente al personale debitamente autorizzato delle autorità degli Stati membri o degli organismi dell'UE competenti per gli scopi specifici di ciascun sistema di informazione e limitato nella misura in cui i dati sono necessari per l'esecuzione di compiti conformemente a tali scopi⁹⁰.

11. In conclusione, gli ostacoli alla ricerca di soluzioni condivise sono costituiti soprattutto dalle politiche restrittive di alcuni Stati membri che si oppongono ad un sistema di condivisione degli oneri relativi ai richiedenti protezione internazionale che arrivano o soggiornano nel territorio nell'Unione. Al contempo, i medesimi Stati membri propongono l'adozione di meccanismi di esternalizzazione da parte dell'Unione, specialmente tramite "zone di sbarco" da costituire preferibilmente in Stati terzi della sponda sud del Mediterraneo.

La formazione di intese bilaterali/plurilaterali "a Trattati invariati" rappresenta un'inversione del cammino dell'integrazione europea. Proprio nel momento in cui servirebbe una risposta comune dell'Unione, considerata la dimensione transnazionale dei fenomeni in parola, gli Stati cercano di rafforzare la dinamica intergovernativa, nelle riforme del diritto derivato *in itinere*.

In questa fase è evidente l'*impasse* del potere decisionale dell'Unione europea nella questione della responsabilità-solidarietà per i richiedenti asilo, tra interessi nazionali contrapposti che bloccano la riforma del sistema di Dublino e la diffusa preferenza di molti Stati membri ad esternalizzare la valutazione dell'eleggibilità dei profughi alla protezione internazionale. In generale, l'esternalizzazione delle procedure d'asilo a Paesi terzi secondo lo schema dell'accordo UE-Turchia costituisce un segno irreversibile della costruzione della "Fortezza Europa" che era stata

bre 2017, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE (cooperazione giudiziaria e di polizia, asilo e migrazione), COM(2017)794 final.

⁹⁰ Cfr. le osservazioni critiche in Sintesi del parere del Garante europeo della protezione dei dati sulle proposte di due regolamenti che istituiscono un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione su larga scala dell'UE (2018/C 233/07), paragrafi 146-149. Il testo integrale del parere è disponibile *online* in inglese, francese e tedesco sul sito web del GEPD. Per un commento, v. T. BUNYAN, *The "Point of no return". Interoperability morphs into the creation of a Big Brother centralised EU state database including all existing and future Justice and Home Affairs data bases*, in *Statewatch Analysis*, July 2018 (updated), reperibile *online*.

tanto evocata (spesso fuori luogo) negli ultimi due decenni. A parte la difficoltà del controllo dei diritti umani, nessun Paese terzo si è dichiarato sinora disponibile perché, una volta selezionati i flussi misti di migranti tra beneficiari di protezione internazionale ed immigrati economici, il problema del rimpatrio di quest'ultimi nei Paesi di origine o di transito resterebbe di difficilissima soluzione, al punto da trasformare i luoghi di sbarco in campi profughi a carattere permanente.

I movimenti secondari continuano a determinarsi per la non adeguata considerazione delle esigenze che determinano le preferenze dei richiedenti asilo verso un Paese di ospitalità, e persino delle difficoltà di attuazione del criterio obbligatorio del ricongiungimento familiare. Al riguardo, la prassi di irrigidimento dei Governi coinvolti nella gestione del regolamento Dublino crea effetti paradossali nei rapporti bilaterali fra Paesi di primo ingresso e Paesi di "maggiore richiamo" per i richiedenti asilo. Per fare l'esempio più rilevante, la Grecia ha accettato il respingimento dei richiedenti asilo registrati sul proprio territorio al momento del primo ingresso e spostatisi in Germania; in cambio ha ottenuto un'accelerazione delle procedure di ricongiungimento dei familiari (presenti in Grecia) dei richiedenti asilo in Germania.

Resta "al palo" l'adozione di nuovi meccanismi per ridurre l'onere della gestione *uti universi* delle frontiere esterne da parte dei Paesi frontalieri che dovrebbe essere corretta da un nuovo sistema, caratterizzato dal bilanciamento tra responsabilità degli Stati frontalieri e solidarietà intra-statale nell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, proclamata a livello del Trattato.

Abstract

The EU Decision-making Process in the Face of Growing Eurosceptic-sovereignism. Return to Intergovernmental Method for the "European Immigration Issues"?

The article explores the legal issues related to the EU crisis in the field of immigration, which includes economic immigration, international protection and border control.

The difficulties in reaching shared solutions at European level are mainly due to the restrictive policies of some Member States, which on one hand are opposed to a refugee relocation system in the territory of the EU, and on the other one promote intergovernmental bilateral/multilateral agreements, generating an impasse in the decision-making process of the European Union. The returning of economic migrants to their country of origin remains complicated. Secondary movements continue to be determined by the inadequate consideration of needs and preferences of asylum seekers towards the host country, and even by the difficulties in implementing the family reunification.

In this scenario, the proposed adoption of new mechanisms to reduce the burden arising from the management of EU external borders find it hard to move forward.

Massimo Panebianco*

L'Europa nel diritto internazionale antico

SOMMARIO: 1. Un mondo antico e post-antico, moderno e post-moderno. – 2. I diritti dell'antico medio ed estremo Oriente. – 3. Il Mediterraneo e le sue frontiere internazionali. – 4. La formazione dello *jus gentium populi romani*. – 5. L'eredità del diritto internazionale: la nascita dell'Europa e dell'Islam. – 6. L'Impero romano d'Occidente. – 7. L'Impero romano d'Oriente greco-bizantino-ortodosso. – 8. Dall'Arabia romana all'Impero arabo-islamico.

1. La rinascita degli studi sul diritto internazionale antico e la revisione del suo ruolo “fondante” nella storia dell'ordinamento internazionale si è già compiuta in un mondo ispirato a visioni universalistiche o globali¹. A tali risultati si è giunti mediante un triplice fattore di allungamento cronologico dell'epoca antica, nonché di ampliamento dei suoi spazi geografici e dei suoi protagonisti (Stati, popoli ed individui)². Invero, nella successione delle epoche, non si va più alla ricerca di una fine o decadenza del mondo antico, ma piuttosto si lavora intorno ad un'ipotesi di una successione graduale a quello moderno (c.d. diritto antico e post-antico)³.

Invero, la visione di un ciclo delle epoche, in necessario transito dall'ascesa alla decadenza, celava l'idea di un crollo di modelli o di valori, dal diritto internazionale antico a quello medioevale e moderno, identificato con la fase della vera e propria nascita dell'Europa moderna, intesa come struttura complessa politico-territoriale e sovrana. Esempio tipico risulta essere quello del vecchio Impero romano, designato con il doppio nome di alto e basso Impero, ora esaltato ora condannato come attore di processi e di relazioni internazionali. Tale semplificazione eccessiva, si rifletteva

* Ordinario f.r. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

¹ Come è noto l'attuale revisione degli studi storici, parte dal suo nucleo fondante dell'antichità classica, con suo epicentro in Roma, intesa come città e popolo inserita in un mondo di città e di popoli dell'età antica. Cfr. per tutti A. GIARDINA, *Società romana e impero tardo-antico*, Roma, 2006; ID., *Il mito di Roma*, Roma, 2008; G. POMA, *Le fonti per la storia antica*, Bologna, 2008; ID., *La storia antica. Metodi e fonti per lo studio*, Bologna, 2016.

² Il salto di qualità dal diritto internazionale antico al post-antico, avviene mediante la percezione del rapporto tra Oriente ed Occidente. Sul ruolo di tale prospettiva generale negli studi storici, si segnala la classica monografia di E. WISARD, *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano, 2004. Cfr. anche A. REZSLE, *Il mito di Atene. Storia di un modello culturale europeo*, Milano, 2010.

³ Come è noto, la transizione dal diritto internazionale antico al post-antico avviene sotto la disciplina di una filiera di quattro codici, recanti il nome di imperatori romani o di archivi di cancellerie imperiali di Occidente e di Oriente nei secoli II-VI d.C. (Codice Gregoriano, Ermogeniano, Teodosiano e Giustiniano). A parte tali codici di contenuto misto, legislativo-giurisprudenziale, esistono ben note raccolte di diritto romano-barbarico (*lex romana burgundionum* e *visigothorum*). Cfr. la classica opera di A. PIGANIOL, *Le conquiste dei romani. Fondazione ed ascesa di una grande civiltà*, Roma, 2010; v. anche il volume *Tavola romana: la tarda antichità fra diritto romano e diritti barbari*, commemorazione scientifica di G. CRIFÒ, Napoli, 2013.

in modo pericoloso, riguardo allo stesso passaggio al mondo moderno, come attore più o meno valido di “pace e giustizia” internazionale, valori perseguiti in ogni epoca storica come obbiettivo finale e permanente (c.d. diritto moderno e post-moderno), identificato come epoca del diritto internazionale “senza Stati”, ovvero grande spazio degli attori non statuali (c.d. *no-state actors*)⁴.

Ad esito di questa revisione storica si assiste alla nascita per così dire anticipata del soggetto giuridico complesso chiamato Europa, che affonda le sue radici nelle strutture precedenti del mondo antico, quale l’Impero romano di Oriente e di Occidente, unitamente all’Impero arabo-islamico come terzo attore di tale processo storico. Occorre, pertanto, fornire una breve sintesi circa la formazione del sistema giuridico internazionale del mondo antico, come premessa indispensabile per la comprensione del mondo successivo di Occidente come di Oriente. A tale riguardo gli studi compiuti nel secolo scorso acquistano una nuova dimensione e un nuovo spessore e consentono di fornire una nuova immagine circa le origini antiche dell’Europa moderna e contemporanea.

2. L’assegnazione di un nuovo e maggiore spazio al diritto internazionale dell’antichità non serve solo a migliorare il senso della successione delle epoche storiche. Soprattutto si allarga la base sociale della comunità internazionale e se ne rinforzano le radici storiche. Tale passaggio obbligato consiste nell’uscita dal c.d. mondo classico (di Grecia e Roma) e l’ingresso in quello dell’archeologia del diritto internazionale più antico, nel grande spazio del medio e dell’estremo Oriente, individuati come vera e propria matrice originaria dei successivi sviluppi registratisi nel bacino del Mediterraneo (c.d. diritto internazionale dell’antico medio ed estremo Oriente)⁵.

L’immagine lasciata dall’antico diritto del medio ed estremo Oriente è quella di un ordine giuridico capace di insediarsi fino ai limiti o ai confini della società umana. Tale ipotesi è convalidata dalla successiva prova dell’esistenza di un diritto internazionale in altri posti del mondo, secondo la denominazione del diritto internazionale dei grandi spazi di associazione ed organizzazione complessa dei popoli e delle nazioni. Al fenomeno in questione si attribuisce il nome nuovo di diritto internazionale imperiale come termine sintetico di una pluralità di fenomeni organizzativi europei ed extra-europei. In breve, ogni diritto conserva l’autonomia delle sue fonti di produzione delle norme, idonea ad una libera circolazione nella vita internazionale, suscettibile di esistere con o senza modelli di tipo europeo o occidentale⁶.

⁴ I problemi internazionali della pace e della giustizia fra i popoli, sono automaticamente trasferiti dall’antichità al Medioevo e, poi, all’età moderna e post-moderna. In tal modo, si viene a produrre un ciclo unico, cui si dedica la recente dottrina cfr. A. WATSON, *International Law in Archaic Rome: War and Rescission*, Baltimore, 1993; D. BEDERMON, *International Law in Antiquity*, Cambridge, 2001. Per interessanti proiezioni nel campo storico-filosofico cfr. B. ROMANO, *Relazioni e diritto fra moderno e post-moderno*, Torino, 2013; S. COTTA, B. ROMANO, *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino, 2017.

⁵ Per una rifondazione “valoriale” del diritto internazionale cfr. J. RAWLS, *The Law of Peoples: With “The Idea of Public Reason” Revised*, Cambridge, 2002; R. KOLB, *Reflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, 2003.

⁶ Cfr. la nota opera di G. TEUBNER, *Global Law without State*, Aldershot, 1997. Tale tendenza dottrinale è favorevole ad un diritto internazionale de-statalizzato (ovvero più o meno statualizzato), rappresenta il punto di congiunzione fra la teoria occidentale ed orientale della società globale. Essa trova punti di contatto con il giusnaturalismo classico sia laico che cattolico. Al riguardo cfr. per tutti A. MESSINEO, *Il diritto internazionale nella dottrina cattolica*, Roma, 1942 (riferito alla tradizione tomistica internazionale degli altri secoli).

Siffatta comprovata esistenza di diritti antichi del medio ed estremo Oriente serve a smontare ogni teoria progressista o evolucionista del diritto internazionale, lungo le epoche e gli spazi. Essa, da un lato, esprime l'esigenza di un grande ed eterno ritorno all'antico, ovvero di una rinascita e rigenerazione, di un "nuovo inizio" della vita contemporanea. Dall'altro lato, tale teoria esprime l'esigenza di una grande continuità delle epoche storiche, ovvero di una storia perpetua, pensata per sempre (*zur ewig*), nella pace come nella guerra, come oggetti permanenti del diritto internazionale, senza differenza fra l'antico ed il moderno, in un mondo perennemente turbato dall'idea della violenza e della morte⁷.

Ciò premesso, è da notare come la predetta visione sia abbastanza elastica nell'ammissione dell'esistenza di una comunità internazionale antica, propria di popoli dell'Oriente. A tale proposito essa si avvale di un minimo di condivisioni soggettive, in un contesto sociale ancora abbastanza ristretto per le condizioni storiche di ciascuna epoca e soprattutto in concorrenza con strutture politiche "imperiali" fortemente centralizzate. Necessita a tale riguardo non solamente un minimo di prassi giuridiche imputabili agli Stati e ai loro cittadini, quanto soprattutto una coscienza del diritto, cioè una *opinio juris*, circa l'esistenza di comportamenti da osservare in modo più o meno necessario, con reciproca assunzione di diritti e di doveri (c.d. *opinio juris seu necessitatis*). Cosicché, anche rapporti occasionali o sporadici di comunicazioni tra sovrani, con l'invio di legati o di esploratori, anche se trattasi di commercianti o di navigatori singoli, basta a soddisfare le esigenze di un reciproco riconoscimento⁸.

Un risultato siffatto può sembrare in un certo senso sorprendente, rispetto alla tesi che sostiene l'assoluta originalità del modello internazionale europeo, ne individua una data di nascita nel periodo medioevale e addirittura pretende di identificarlo con un sistema di Stati-nazione. Siffatta tesi ovviamente appare abbastanza fragile in quanto legata alla sola apparizione del nome europeo nelle cronache medioevale del Sacro Romano Impero. Non appare certamente eretico o non ortodosso considerare proprio come la stessa immagine dell'Europa sia stata ripetuta o iterata da altri modelli precedenti e di più antica data.

3. L'epicentro del diritto internazionale antico è divenuto il diritto mediterraneo, come conseguenza di un enorme sviluppo della ricerca sulle sue fonti normative. Al momento attuale esso passa attraverso il prisma del diritto comparato, come diritto pluralistico di ordinamenti molteplici fra loro comparabili. Così esso è divenuto il fondamento storico dei veri e propri principi dell'ordinamento internazionale, inteso come diritto delle origini o delle radici del sistema complessivo, ovvero sia di un sistema pluralistico

⁷ Come espressione di tali teorie, psico-analitiche della violenza fra Stati, cfr. A. CASSESE, *Violenza e diritto nel mondo moderno*, Roma, 1986, ove si esprime una linea di equilibrio fra "bellicismo" e "pacifismo".

⁸ Nei recenti studi di lingua inglese, concernenti la storia del diritto internazionale, si sottolinea come lo stesso in larga misura dipenda dalla modalità della comunicazione pubblica e privata (*jus communicatio nis*). I tempi e gli spazi del diritto internazionale diventano, così, le occasioni ed i luoghi della comunicazione, che è comprensiva di fattori vari, come la trasmissione e la comprensione dei messaggi. In tal senso il diritto dei trattati (*law of treaties*) diventa un luogo privilegiato della libera comunicazione, mentre il diritto perentorio (*peremptory rules*) può divenire un enigma incomprensibile. Cfr. S. NEFF, *War and the Law of Nations. A History of International Law*, Cambridge, 2006; M. CRAVEN, M. FITZMAURICE, M. VOGLIASSY (eds.), *Times, History and International Law*, Cambridge, 2007 (opera collettanea con introduzione di M. CRAVEN, concernente la definizione del diritto internazionale come originariamente "irrequieto").

di diritti imputabili a più Stati dell'area mediterranea in più sedi o luoghi, classicamente riconosciuti (Medio Oriente, Mediterraneo Orientale, Egitto, Grecia e Roma)⁹.

Nel mondo mediterraneo esistono tre modelli di diritto internazionale, riferibili ad un sistema di Stati plurinazionali o regionali, ma soprattutto ad un sistema di città-Stato capaci di intrattenere relazioni esterne in un'area praticamente illimitata. Esse vanno congiunte all'analogo mito delle città-stato classiche (Grecia; Roma) e delle "città Sante" pre-classiche (Gerusalemme; Damasco; Mecca-Medina). Pertanto appare esemplare allo scopo di definire un contesto politico-religioso internazionale tipico del Mediterraneo: a) Diritto internazionale ellenistico, compreso fra il Mare Egeo, il Mar Nero ed il Mare Arabico, dura dal XV al IV sec. a.C., come prevalente Impero d'Oriente; b) Diritto internazionale dei romani, compreso fra l'Oceano Atlantico e Oceano Indiano, dura dalla Repubblica Romana (V sec. a.C.) al Sacro Romano Impero (IX sec. d.C.), e appare come un Impero misto d'Occidente e di Oriente; c) Diritto internazionale arabo-islamico, compreso fra il Mediterraneo ed il Mare Arabico, ha due fasi ebraico-assiro-babilonese ed una post-islamica (XV sec. a.C.-VI sec. d.C.) ed appare come prevalente impero del sud-Mediterraneo (c.d. Impero Mesopotamico o dei Sumeri)¹⁰.

Il paradosso del mondo giuridico mediterraneo è stato quello di essere per sua natura proto o pre-globale. Esso ha avuto come principio e come fine di produrre un diritto uno ed unico, mettendo in comunicazione le sue parti, collegate intorno a concetti unitari. Tale metamorfosi ha prodotto la trasformazione di concetti elementari di vita privata in altri di vita pubblica o sociale. Tali sono le nozioni di casa e di famiglia, destinate a divenire "casa comune delle Nazioni" ed anche "famiglia delle Nazioni", fra loro legate da vincoli di solidarietà, ai fini della reciproca utilità (*proper reciprocatur utilitatem*)¹¹.

4. Nel quadro dell'età antica, il diritto mediterraneo principe, è stato sempre considerato quello romano. Esso ha steso una rete fra gli ordinamenti privati internazionali (*jus romanorum*) e quello pubblico internazionale (*jus populi romani*).

⁹ Il regime giuridico internazionale, a suo tempo, esistente fra diritti dell'antico Oriente mediterraneo, rispetto ai diritti mediterranei in senso lato, è stato oggetto di studi nella classica monografia di E. VOLTERRA, *Diritto internazionale e diritti dell'antico Oriente mediterraneo*, Napoli, 1999.

¹⁰ La recente dottrina "globalista", relativa all'idea del c.d. villaggio globale, rivaluta la comunità internazionale antica, come a-statale o pluralistica (c.d. *global-local*). Cfr. G. TEUBNER, *op. cit.* Come è noto la teoria globalista, a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, parte dalla contrapposizione al modello di Westphalia, inteso come perfetta società egualitaria di Stati indipendenti e sovrani, secondo la tradizione internazionalistica groziana (1625) e vanvitelliana (1758). Tale visione, anti-imperialista ed anti-egemonica, propende per un diritto federativo o cosmopolitico di una pluralità di soggetti a vari livelli "universali-statali-locali". Cfr. le classiche opere di R. FALK, *Law in an Emerging Global Village: A post Westphalian Perspective*, Ardsley, 1998; H. JACOBSON, *Engaging Nations*, 2015 (ebook).

¹¹ Gli autori recenti del diritto globale, riconoscono nei vari rami del diritto privato e pubblico, di avere prodotto un diritto globale antico (o pre-globale). Cfr. l'opera antesignana di tale orientamento G. B. VICO, *De uno et de universo jure principio et fine uno*, Napoli, 1701 (riedizione Napoli, 2004 a cura di F. Lomonaco). A tale precedente, proprio del razionalismo moderno, si differiscono esplicitamente o implicitamente le opere contemporanee di diritto globale pubblico e privato, inteso come *corpus* giuridico universale, derivante dalla *summa* dei diritti particolari, regolatori delle relazioni globali. In tale linea di pensiero cfr. per tutto S. CASSESE, *Diritto ed amministrazione nello spazio giuridico globale*, Milano, 2006; Id., *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma, 2007; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali: principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*, Roma, 2009; G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il rule of law nella governance del mondo*, Bologna, 2012; E. CUKANI, *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale*, Napoli, 2015.

Nella sua sostanziale unità giuridica, lo stesso è stato sempre destinato a creare un ponte fra i due aspetti connessi, delle città e delle città-Stato locali, rispetto al vero e proprio diritto delle genti, ovvero tra il diritto locale (*jus inter civitates*) ed il diritto globale (*jus inter gentes*), presentandosi come un vero e proprio sistema inter statale, regolatore di rapporti internazionali giuridicamente rilevanti¹².

Il diritto internazionale romano ha fatto da centro di gravitazione della storia europea, lungo le sue frontiere naturali del Reno e del Danubio. Esso ha contribuito a insediare le radici giuridiche dell'Ovest (Italia-Gallia-Germania), come dell'Oriente mediterraneo (Istria-Dalmazia-Illiria-Tracia), lungo la sua frontiera meridionale e si è fermato ai confini naturali dell'Arabia e dell'Africa (Armenia, Siria, Cirenaica, Tripolitania, Mauritania). È divenuto così un vero e proprio patrimonio giuridico comune affidato alla missione collettiva ed individuale di Stati chiamati a gestirne l'eredità nelle forme di una comunità pluralistica o se si vuole tripolare di Occidente, di Oriente e del mondo arabo-mediterraneo¹³.

L'epoca del diritto internazionale romano fu, perciò, concepito come un vero e proprio sistema di diritto inter-temporale, articolato in tre fasi distinte. Tale percorso prevedeva un inizio, coincidente con l'età della sistemazione codicistica del c.d. diritto internazionale romano. Tale fase si sviluppava con la riscoperta di tali codici nell'Europa del secondo millennio (c.d. scuola di Bologna di Accursio, Bartolo, Baldo) per concludersi nell'Europa moderna di Westphalia, dove venivano consacrate come patrimonio dell'Europa tutte le eredità del diritto internazionale antico, mediterraneo e romano. È proprio in tale epoca che nasce una scienza nuova delle Nazioni, mediante l'uso di uno strumento innovativo denominato storia dei trattati, storia delle relazioni diplomatiche, storia delle relazioni internazionali, oggetto di studi variegati mediante la ricerca documentata delle fonti epigrafiche e cartacee¹⁴.

5. Si sono finora esaminate, brevemente, le tre fonti antiche del diritto europeo (orientale e mediorientale; mediterraneo e *jus gentium* romano). Ora si fornisce un breve quadro del diritto internazionale post-antico, formatosi a partire dal primo millennio d.C., denominabile con diritto internazionale imperiale; romano-occidentale; bizantino-orientale e arabo-islamico (c.d. diritto internazionale post-antico)¹⁵.

¹² Sul periodo storico del *jus gentium* dall'età antica a quella moderna cfr. S. LAGHMANI, *Histoire du droit des gens: du jus gentium imperial au jus gentium europeen*, Paris, 2003; M. PANEBIANCO, *Introduzione alla codicistica del jus gentium europeum*, Napoli, 2017.

¹³ Il c.d. paradosso di Westphalia consiste nell'aver constatato la recezione del *jus gentium romano*, come formatosi nel periodo della repubblica e dei successivi imperi di Occidente e di Oriente (476-1452 d.C.). Tale teoria fu sviluppata dagli autori molto successivi all'uscita dell'Europa dalla fase dell'antichità, segnata attraverso le opere di varie generazioni di giuristi (antichi o classici, medioevali e moderni). Tale dottrina, denominata *tria sunt genera*, trovasi notoriamente esposta nei prolegomena di U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, Parigi, 1625 (su tale opera cfr. M. PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Napoli, 1974, con ampi brani tradotti in appendice, desunti dagli autori romanistici e selezionati nell'opera groziana).

¹⁴ Il più recente autore che si è dedicato allo studio della tematica in oggetto è D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge, 2001 di cui riportiamo i titoli dell'amplessima bibliografia dedicata alle epoche e ai luoghi del diritto internazionale dentro e fuori del mondo romano: *Inscription and archeological materials; Scriptural and legal materials; Ancient States and statecraft; General works on ancient international law; General works on international law; Ancient laws; Historiography and the ancient craft of history; Diplomacy; Treaties; International arbitration*.

¹⁵ Le fonti giuridiche, iscrizioni e materiale archeologico del diritto internazionale antico sono: J. BARBEYRAC, *Histoire des anciens traités*, Amsterdam, 1739; A. BOECKH, *Corpus inscriptionum graecarum*,

Nella fase di trasmissione e recezione dell'eredità del diritto internazionale antico, sono tre i centri operatori della relativa trasformazione dall'antico al moderno. Essi denominati diritto internazionale dell'Occidente¹⁶, dell'Oriente¹⁷ e dell'Islam¹⁸. Dalla loro lenta e faticosa fusione nascono i principi ed i fondamenti del nuovo diritto internazionale dell'Europa moderna (sec. VIII-XVI d.C.).

A. Impero d'Occidente

Nella grande tripartizione dell'antico Impero romano, la parte riservata all'Occidente non era quella maggiore (*ex parte occidentalis*), dal punto di vista temporale dovette subire un lungo periodo di *vacatio* (476-800 d.C.). Lungo tale periodo affrontò la dominazione dell'Impero d'Oriente, riducendosi al gruppo di Stati dell'attuale Europa occidentale. Sempre in tale periodo, subì le più ampie e profonde variazioni di contenuto, a causa dell'impatto prodotto dal diritto romano (*ab intra*) e dal diritto barbarico (*ab extra*).

B. Impero d'Oriente

Si configurò come la parte maggiore e più duratura dell'antico impero romano, con durata equivalente ad un millennio (476-1453 d.C., *ex parte orientis*). Ebbe il maggiore effetto espansivo, verso l'Europa occidentale ed orientale, ma subì l'effetto compressivo del neonato impero arabo-islamico, che alla fine ne procurò l'estinzione (632-1493 d.C.), dando luogo alla sua sostituzione con quello turco-ottomano (1453-1922).

C. Impero arabo-musulmano (euro-Islam)

L'Islam si presenta come terzo erede e successore dell'eredità antica, sostituendosi agli imperatori romani e completandone l'opera mediante conquiste ed accordi. All'Imperatore si sostituisce il Califfo (*Kalefa*), insediato a Damasco, Bagdad, Il Cairo,

Leipzig, 1883; R. SCALA, *Die staatsvertrage des altertums*, Leipzig, 1898; R. F. HARPER, *Assyrian and Babylonian Letters*, Chicago, 1902; H. BENTSON, *Die Staatsvertrage des Altertums*, Munich, 1962; J. PRITCHARD, *Ancient Near Eastern Text Relating to the Old Testament*, Princeton, 1969; H. H. SCHMITT, *Die staatsvertrage des altertums*, Monaco, 1969; C. W. FURNARA, *Translated Documents of Greece and Rome: Archaic Times to the End of the Peloponnesian War*, New York, 1983; R. SHERK, *Rome and the Greek East to the Death of Augustus*, New York, 1984; W. G. GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, Berlin, 1992.

¹⁶ Per il materiale giuridico e di codificazione romano-israelitica cfr. A. COHEN, I. EPSTEIN, *The Code of Maimonides*, New Haven, 1949; Id., *Sotah Talmud*, London, 1985; C. PHARR, *The Theodosian code*, Princeton, 1952; M. MAIMONIDES, *Law of Kings*, New York, 13 volumi, a partire dal 1977; T. MOMMSEN, P. KRUGER, *The Digest of Justinian*, Philadelphia, 1985.

¹⁷ Per le fonti del mondo orientale, comprensivo di tradizione greca, israelitica e dei Paesi arabi del Medioriente cfr. J. B. SALMON, *Roman Colonization*, Londra, 1969; R. MEIGGS, *The Athenian Empire*, Oxford, 1972; E. SERVICE, *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*, New York, 1975; M. LARSEN, *The Old Assyrian City-State and Its Colonies*, Copenhagen, 1976; F. FRICK, *The Formation of the State of Ancient Israel*, Sheffield, 1985; J. MILLER, *A History of Ancient Israel and Judah*, Philadelphia, 1986; G. HERMAN, *Ritualised Friendship and the Greek City*, Cambridge, 1987; I. MORRIS, *Burial and Ancient Society: The Rise of the Greek City-State*, Cambridge, 1987; P. GREEN, *Alexander to Actium: The Historic Evolution of the Hellenistic Age*, Berkeley, 1990; M. SICKLER, *Judaism, Nationalism and the Land Border of Israel*, Boulder, 1992; G. GOSTA, *The History of Ancient Palestine*, Sheffield, 1993.

¹⁸ Per i rapporti internazionali euro-islamici dell'antichità, destinati a svilupparsi nel periodo medioevale sotto il nome preciso di un sistema di relazioni tra Stati cristiani e non cristiani (Stati crociati, crociate e soldati crociati) con indicazione di singoli testi di trattati v. M. PANEBIANCO, *Introduzione alla codicistica*, cit., capitoli VII-VIII. Cfr. inoltre A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967; J. PLESCIA, *The Oath and Perjury in the Ancient Greece*, Tallahassee, 1970; E. COHEN, *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton, 1973; J. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976; B. FRIER, *The Rise of the Roman Jurist*, Princeton, 1985; M. GAGARIN, *Early Greek Law*, Berkeley, 1986.

Cordova, ecc. Ai *Reges* si sostituiscono i Sultani (Sovrani), a capo di una gerarchia minore (Emiri, Bey etc.). L'epoca islamica è quella delle origini (632-980 d.C.), precedente al confronto armato con i due imperi concorrenti (c.d. Crociate), dalla conquista di Gerusalemme (990 d.C.), alla fine dei Regni cristiani di "Terra Santa" (XIII sec.).

6. Occorre a questo punto analizzare il significato della grande redistribuzione di poteri, avvenuta all'inizio del primo millennio, fra gli imperi insediati fra le tre sponde del Mediterraneo. A tal proposito, ciascuno di essi ebbe un effetto costitutivo sul processo di fondazione dell'Europa nascente e l'Impero romano di Occidente (poi Sacro Romano Impero) risultò essenziale, non certo in virtù della sua esclusiva denominazione ufficiale, quanto per essere il primo erede e successore del *jus gentium populi romani*, da cui derivarono per circa quattro secoli i processi di formazione dei nascenti Stati nazionali nel quadrilatero continentale d'Europa d'Occidente (Italia, Francia, Germania, Penisola Iberica con l'aggiunta delle Isole Britanniche, 476-800 d.C.). La sua stessa legittimazione derivò, quindi, dall'essere titolare e co-titolare di tale eredità comune. La *common heritage* è l'eredità del diritto comune, è la base della teoria, è la base della Stato euro-globale¹⁹.

Nella spiegazione delle vicende dell'Impero romano d'Occidente si contrappongono le tre tesi relative alla continuità o alla discontinuità dall'antico Impero Romano costantiniano e teodosiano a quello successivo alla mancata nomina dell'ultimo Imperatore: tesi imperiale, anti-imperiale e mista (imperiale-internazionale). La prima ritiene che l'Impero, sia pure privato del suo imperatore, abbia continuato a vivere come ordinamento giuridico, esteso da Oriente ad Occidente, servendosi della supplenza dell'Impero d'Oriente bizantino-ortodosso a sostegno dei nascenti fenomeni di insediamento di nuove popolazioni c.d. barbariche nei territori dell'Occidente (Goti, Longobardi, Normanni, Svevi, ecc.). La seconda ritiene il crollo, come vero e proprio fenomeno di estinzione dell'Impero a causa della mancata elezione di un nuovo Imperatore, vera causa legittimante dell'insediamento dei nuovi Stati e della legittima occupazione di territori originariamente appartenenti all'Impero. La terza tesi ritiene che l'Impero continuò a vivere come *ordo juris*, ovvero come pluralità di forme imperiali e nazionali, coniugando le due fonti classiche, la codificazione e l'editto, a un doppio livello di produzione di norme giuridiche, sia centralizzate, valenti per l'intero ordine imperiale, sia decentrate al livello di base dei singoli Stati nascenti, secondo un'antica tradizione combinatoria del diritto dei codici (ermogeniano, teodosiano, giustiniano e dell'ordinamento giuridico degli "editti", come compilazioni e raccolte di giurisprudenze provenienti dai magistrati locali, per l'Italia c.d. editti dei longobardi e di Teodorico "Re d'Italia")²⁰.

¹⁹ La dottrina internazionalistica contemporanea si è dedicata allo studio della "doppia epoca" bi-millennaria, costituita dalla successione Impero Romano-Sacro Romano Impero, puntando sugli autori classici, autori di tale connessione tra *jus gentium* antico e *jus gentium* moderno (A. Gentili; U. Grozio). In particolare bisogna rinviare alla tradizione internazionalistica groziana ed alle numerose riedizioni della sua opera principale (*De jure belli ac pacis*, 1625). Trattasi della riedizione tedesca commentata da C. Cocceo e definita non a caso con l'espressione "*grozianus novus*" (Heidelberg, varie edizioni).

²⁰ Gli autori classici hanno acclarato come l'idea romana dell'*imperium* incorpori lo spirito dell'unità e del pluralismo, a metà fra *jus commune* e *jus particulare*. La rilettura internazionalistica dell'esperienza dell'Impero romano ed il salvataggio del *jus gentium* antico, equiparato ad un *jus gentium* moderno, è stata compiuta in opere recenti dedicate ad Alberico Gentili (*justinianismus non est romanismus*) ed Ugo Grozio (*grozianus novus*). Cfr. M. VOGT, *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der romer*,

L'Impero romano d'Occidente si configura, pertanto, come una vera e propria epoca imperiale, legata alla costituzione progressiva di una associazione originaria di popoli, dotata di caratteri condivisi con altri (Sacro Romano Impero). Prima dell'800 d.C. le radici comuni prevedono che, per ciascuno dei tre eredi del patrimonio giuridico comune, si dia vita ad un'era distinta per nome e durata. Trattasi dell'era o età costantiniana per l'Occidente, dell'era giustiniana per l'Oriente e, infine, di quella maomettana per l'era arabo-islamica. Con tali radici, che sono comuni e condivise, il soggetto "nuovo", chiamato Europa (sec. VIII d.C.), si compone di Occidente, Oriente ed Islam, che sono parti distinte di una nuova entità in via di formazione alla fine dell'epoca antica o classica e all'inizio di un'epoca di "tempi nuovi"²¹. Come è noto, la prova documentale di tale atto di nascita deriva addirittura dalla diffusione di un nome nuovo contenuto nelle cronache del tempo relative alla contrapposizione tra parti di questo mondo, dove gli *europenses* si distinguono dai musulmani saraceni, insediati sulle coste mediorientale e nordafricane del Mediterraneo.

7. Nella gestione dell'eredità dello *jus gentium*, l'Impero romano d'Oriente rappresenta ancora una piattaforma ideale ai fini di una continuità di una forma organizzativa ed associativa dei popoli europei. Essa si costituisce per la difesa del confine orientale danubiano-balcanico e di quello marittimo fra il Mar Nero ed il Mediterraneo. Anch'esso attraversa tre ere o età, l'una occidentalista o "costantinopolitana", l'altra chiamata bizantina o ponte fra l'Est e l'Ovest, ed infine, quella turca (o turco-ottomana), al centro del mondo arabo-islamico, fra ortodossia greco-cristiana e neo-islamismo²². Esso si colloca al confine dell'Impero romano d'Occidente, altrimenti detto Sacro Romano Impero, e ne condivide alcune frontiere, intese come teatro di coesistenza tra i popoli slavi (e non) del Nord, del Centro e del Sud (polacchi, ungheresi, popoli balcanici), fino alla punta estrema delle foci del Danubio dove si colloca *frontline* l'integrazione tra Occidente e Oriente (Romania, Bulgaria, Turchia europea). È un mondo molto variegato che definisce l'immagine di un'Europa casa-comune fino alle frontiere estreme del Mar Nero, ovvero di un'Europa in senso lato (gran ducati orientali di Ucraina e di Russia). L'antagonista istituzionale resta ovviamente rappresentato dal mondo turco-ottomano, vero e proprio erede della grande crisi dell'Impero romano d'Oriente, che matura in una fase finale dal 1204 al 1453 (prima e seconda caduta di Costantinopoli ad opera degli Stati crociati di Occidente e poi dell'Impero turco-ottomano).

Ciò detto, l'Impero romano d'Oriente si presentò come epicentro di vita internazionale, finché riuscì a conservare la sua forma simmetrica fra Occidente ed Islam. La sua complicata denominazione dimostra che fu un Impero greco-romano,

Aalen, 1966; H. GROZIUS, *De jure belli ac pacis*, Aalen, 1983; L. LACCHÉ, *Jus gentium, jus communicationis, jus belli* (A. Gentili, *Atti delle celebrazioni del quarto centenario della nascita*), Milano, 2007.

²¹ Gli studi recenti sui giuristi di Westphalia hanno dimostrato come, in due archivi imperiali, di Occidente e di Oriente, siano documentate le radici del *jus gentium* antico-moderno. Nella letteratura il contributo dell'Occidente alla costruzione dell'Europa, invero, appare prevalente per una serie di ragioni, sia archivistiche che linguistiche (uso del latino). Viceversa, il contributo dell'Oriente bizantino appare minore nella stessa Europa centro-orientale, dove prevale l'uso del greco e delle lingue delle Nazioni slave (post 560 d.C.). Tale situazione non indica un primato, quanto piuttosto una maggiore fruibilità delle fonti archivistiche ed un loro inquadramento nell'*ordo juris*.

²² Sulle radici del complesso fenomeno chiamato Impero romano-bizantino d'Oriente, in alternativa alla sua trasformazione turco-ottomana cfr. D. COHEN, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005.

in simbiosi tra il nome greco di “Impero bizantino” e quello romano di “Impero di Costantinopoli”. La stessa latinizzazione del nome (Impero bizantino), ovvero bizantiniano, non fu vista con favore e si impose in Europa dopo la fine dello stesso (1453 d.C.), ad opera della letteratura umanistica e poi illuministica. Di qui derivano la molteplicità di rapporti con gli Stati europei, in specie quelli italiani pre-unitari (Venezia e Genova), ivi compresi quelli con la Sede Apostolica Romana, impegnata nella separazione delle Chiese greco-ortodosse dei Patriarcati orientali (Atene, Costantinopoli, Sofia, Belgrado e Mosca)²³.

Rispetto agli altri due imperi co-esistenti, quello Romano d’Oriente mantenne una posizione di centralità, in virtù di vari elementi istituzionali e territoriali. Il bi-linguismo greco-latino fu rispettato, almeno fino a Giustiniano, il quale con il suo *corpus juris* mirava a un diritto unico fra i due Imperi d’Oriente e di Occidente. In specie, l’elemento comune di “romanità” era segnato dalla presenza di due Stati, come la “Romania” e la “Bulgaria”, collocati sul Mar Nero di fronte a Bisanzio. A parte tale unità *jure civili*, le eventuali divergenze, ovvero i veri e propri conflitti di leggi di Oriente ed Occidente, risultavano regolati *jure gentium*, mediante appositi accordi internazionali. Lo stesso dicasi nei confronti dell’Impero islamico, il quale trovava una terra di transito lungo il Danubio. Analoghi fattori territoriali consentivano la presenza di Stati “centrali” a maggioranza islamica, come ad esempio la Bosnia-Erzegovina (Mosnia), unitamente ad alcune sue città simbolo dell’euro-Islam (Sarajevo, Mostar, Mitrowiza)²⁴.

8. L’espressione “Arabia” (Al Arabià) può essere intesa in due modi diversi e fra loro complementari. In senso lato, essa indica il complesso di popoli, uniti dalla stessa cultura, lingua e religione, collocati nell’Oriente ed Occidente arabo dell’antichità. Viceversa, in senso stretto, essa designa il solo Stato coincidente con la Penisola Arabica (Saudi Arabia), come centro spirituale e religioso dell’intera nazione araba, a partire dall’epoca pre-maomettana (632 d.C.). Nel primo senso, l’Arabia collima con le dimensioni spazio-temporali del Mediterraneo europeo. Viceversa, nel secondo senso, essa si proietta verso l’Oceano Indiano, al centro fra l’Asia e l’Africa. In tale dimensione, l’Arabia notoriamente confina con i grandi imperi arabo-islamici dell’Asia centrale, come quello persiano ed indiano²⁵, nonché con i grandi Stati dell’Islam africano.

Dal punto di vista del diritto internazionale antico l’Arabia fu sottoposta a successive dominazioni imperiali prima da parte dell’Impero Romano nell’epoca dei primi due secoli d.C., intorno ad alcune regioni ben definite (Siria, Armenia e Mesopotamia). Successivamente entrò nella sfera di influenza dell’Impero romano d’Oriente, tant’è che l’Imperatore Giustiniano nella sua introduzione al *Corpus juris civilis*, si riferisce ai *cunctos populos* sottoposti alla sua *potestas* ivi compresi quelli del nord Africa.

²³ Sull’Impero d’Oriente come epoca bizantina cfr. J. SHEPARD, *The Cambridge History of Bizantine Empire*, Cambridge, 2008.

²⁴ La datazione più sicura dell’Impero bizantino copre il periodo 324-1453 d.C., perché in tal modo si include la fase di più peculiare romanità nell’era della fondazione.

²⁵ Il testo classico sulla tradizione romanistica dell’Arabia (Terre di Arabia) trovasi in L. CAETANI, *Arabia romana*, Roma, 1914 (riedizione, Roma, 2012). La tradizione araba ha molto in comune con quella bizantina dell’Impero d’Oriente, come dimostrano gli studi del 1500-1600, scritti in Europa; cfr. L. WOLF, *Corpus historiae byzantinae*, Basel, 1557; C. DE LOUVRE, *Corpus scriptorum historiae bizantinae*, Parigi, 1680. La predetta tradizione internazionalistica appare all’origine dell’attuale costituzionalismo arabo, fondato su una pluralità di costituzioni statuali e complementari nel più vasto mondo islamico di Stati sia arabi che non-arabi dell’Oceano Indiano e del Pacifico. Per tutti cfr. W. BOVERSACK GIENN, *Roman Arabia*, Cambridge, 1973.

All'inizio dell'epoca maomettana, l'incertezza circa la effettiva consistenza dei poteri pubblici introdusse un regime di *jus gentium* prevalentemente di tipo commercialistico e marittimistico, a metà tra i c.d. Stati barbareschi e la pirateria diffusa sulle coste del sud del Mediterraneo, dando vita ad una singolare forma di società civile e commerciale internazionale euro-islamica.

L'Oriente mediterraneo arabo (*mashrak*) coincide con gran parte dell'antica Arabia romana e costituisce l'antecedente del successivo Impero romano d'Oriente. Esso coincide con le antiche province di "Bizinia" (*alias* Bisanzio), Siria, Giudea, Regni del Tigri ed Eufrate etc. Dopo il 632 d.C. i Califfati di Damasco e di Bagdad furono autori della prima espansione araba in senso sia nazionale che universale.

Viceversa, l'Occidente mediterraneo arabo (Maghreb) ha una struttura più complessa, coincidente con la linea dei Paesi del nord-Africa (o sud-mediterraneo, ponendosi così in potenziale conflitto con l'Impero romano d'Occidente e di Oriente, c.d. Califfato di Cordova), al confine tra la Spagna e la Mauritania. Gli Stati sub-sahariani (c.d. del Sahel) coincidono con la sfera della seconda espansione islamica, a partire dal Corno d'Africa (Sudan, Somalia), fino all'Africa centrale (Niger, Mali) e ai Paesi dell'Africa occidentale (Nigeria)²⁶.

Conclusivamente, l'impatto del mondo arabo-islamico, in ordine alla costruzione della società europea antica, può essere valutato nei termini di una doppia frontiera mediterranea, rispettivamente orientale e occidentale. La storia dimostra che gli stessi non furono impegnati nella costruzione di un mondo unico, chiamato "euro-Islam". Ma la stessa storia dimostra come la gestione del patrimonio comune del *jus gentium* pubblico e privato, li indusse a riconoscere le loro radici e a non ritenersi "popoli senza radici", dall'uno come dall'altro lato del Mediterraneo antico e della variegata integrazione mediterranea dei tre continenti europeo, asiatico ed africano²⁷.

Abstract

Europe through the Lens of Ancient International Law

The object of this work concerns the sources-foundation of ancient and post-ancient European law. They are grounded in east and Middle East ancient law, Mediterranean law, and the so-called *jus gentium populi romani*. In the first millennium, they are referred to as *Imperial jus gentium* (Roman Empire, Byzantine Empire and Arab-Muslim Empire). Having regard to the new perspective of history of millenniums, in the first millennium it is the so-called international law of post-antiquity.

²⁶ La regione araba ha una ricca storia antica-moderna. Cfr. L. CAETANI, *Studi di storia orientale*, Roma, 2012; C. MACDONALD, *Iran, Saudi Arabia and the Law of the Sea: Political Interaction and Legal Development in the Persian Gulf*, London, 1980. Limitatamente agli aspetti del mondo arabo-islamico, ci si limita a studi recenti sull'impatto in Europa ed in Italia cfr. S. DI BELLA, D. TOMASELLO, *L'Islam in Europa tra passato e futuro*, Cosenza, 2003; S. FERRARI, *L'Islam in Europa*, Bologna, 2008.

²⁷ La questione relativa alle radici europee dell'Islam (c.d. Islam europeo) ondeggia fra i due estremi, relativi al "radicamento" dei singoli Stati arabi o viceversa, del loro "sradicamento" nel contesto di un ordinamento religioso (universale). La questione trova risposte diverse, dall'epoca antica a quelle successive. Resta comunque fermo, che il lascito del mondo antico collima con una forte integrazione dei tre Imperi (romani ed islamici), nel contesto della comunità internazionale dei popoli di quel tempo.

Antonella Antonucci*

Gli “aiuti di Stato” al settore bancario: le regole d’azione della regia della Commissione**

SOMMARIO: 1. Uno sguardo al sistema: la *ratio* della disciplina degli aiuti di Stato. – 2. L’evanescenza contenitiva della nozione di aiuto rilevante ai fini del divieto. – 3. *Segue*: gli aiuti compatibili. – 4. L’incidenza della sentenza *Kotnik*. – 5. Regole europee e tutela costituzionale del risparmio.

1. La disciplina degli aiuti di Stato – la Commissione europea, quale soggetto istituzionalmente delegato alla sua applicazione – ha assunto, nell’attuale contesto, il ruolo di snodo fondamentale e preminente nella selezione delle opzioni di intervento dispiegabili nella gestione di crisi bancarie.

Gli spazi di regia gradualmente costruiti sulla base delle norme del Trattato sono stati consolidati nell’ambito del Meccanismo unico di risoluzione – con omologa norma nella direttiva e nel regolamento¹ – finendo per rendere egemone la posizione della Commissione alla quale, unitamente ad altri poteri anche condivisi col Consiglio, spetta comunque la valutazione degli interventi nella prospettiva di *aiuto compatibile* ai sensi delle norme del Trattato.

Sulla base di questo – ormai largamente condiviso – rilievo, mi propongo di fare il punto sulle regole che ad oggi definiscono il quadro d’azione della Commissione, prospettando alcuni dei numerosissimi problemi che esse sollecitano.

Il primo elemento d’indagine è, quindi, costituito dalla fonte primaria in cui trovano base giuridica i poteri della Commissione in materia di aiuti di Stato, costituita da alcune norme del Trattato (ora articoli 107-109 TFUE), di cui focalizzerò alcuni aspetti, a partire dalla loro *ratio*.

Si tratta di previsioni che sono correntemente considerate come norme di concorrenza *tout court*, mentre io sono fortemente convinta che l’attuale disciplina degli aiuti di Stato poco abbia a che fare con la concorrenza tra imprese, molto invece con la concorrenza fra Stati e con il potenziale antagonismo fra dimensioni nazionali

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

** Il testo riproduce, con alcuni aggiornamenti, la relazione svolta al Convegno “La gestione delle crisi bancarie”, svoltosi nell’Università degli studi di Sassari il 16-17 giugno 2017.

¹ Diffusamente M. MARCUCCI, *Aiuti di stato e stabilità finanziaria. Il ruolo della Commissione europea nel quadro normativo europeo sulla gestione delle crisi bancarie*, in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L’unione bancaria europea*, Pisa, 2016, p. 309 ss.

e dimensione europea, ponendosi al crocevia del “difficile contemperamento fra sostegno della crescita e rispetto della libertà di concorrenza nell’ambito di un uso più efficiente delle risorse pubbliche”².

Diversi indici orientano verso l’interpretazione che prospetto, a partire da una serie di spunti di interpretazione sistematica e letterale degli articoli 107-108 TFUE.

Il TFUE, scostandosi dall’originaria articolazione normativa, continua a collocare la disciplina degli aiuti di Stato nel capo dedicato alle regole di concorrenza, ma destinandovi una sezione distinta da quella che raggruppa le regole applicabili alle imprese, con ciò segnando la peculiarità di una disciplina che involge non tanto e non solo le imprese, quanto i diversi ambiti nazionali.

Gli antagonisti di differenziate politiche di aiuto sono l’integrazione del mercato interno e la sua coesione³, dal che una severa disciplina conformativa degli aiuti, di cui i singoli “Stati interessati” possono far valere la violazione direttamente – con deroga dei passaggi usuali di filtro – davanti alla Corte di giustizia (art. 108, par. 2, co. 2, TFUE).

Integrazione e coesione del mercato interno sono elementi che assumono elevato peso specifico in un settore di prioritaria realizzazione dell’obiettivo di costruzione di tale mercato, portando ad un pesante e penetrante presidio delle norme sugli aiuti di Stato in ambito bancario.

Le caratteristiche e i contenuti che tale presidio è venuto assumendo possono trovare adeguata base giuridica solo facendo riferimento all’individuazione della *ratio* delle norme sugli aiuti di Stato qui condivisa. Difatti, se la loro *ratio* si consumasse all’interno delle regole della concorrenza fra imprese (secondo prospettiva avallata dall’originaria organizzazione sistematica del Trattato), le applicazioni contenitive del ricorso agli aiuti pubblici per gli interventi di sostegno alle banche in difficoltà – declinate secondo il criterio del *burden sharing* – difficilmente potrebbero trovare un “nesso funzionale diretto” con le norme del Trattato⁴, che invece emerge

² E. TRIGGIANI, *Aiuti di stato (diritto dell’Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, 2013, p. 19 s.

³ Come autorevolmente rilevato da L. FERRARI BRAVO, E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 1995, p. 377. Non a caso “a partire dai primi anni ‘80 si assiste ad una netta inversione di tendenza in materia di aiuti” (G. L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, 30 giugno 2009, p. 5, www.astrid-online.it). L’orientamento ad una rigida applicazione repressiva – non proattiva, con sviluppo di orientamenti comuni in materia di aiuti settoriali e regionali – delle regole dell’allora art. 90 del Trattato è coevo alla stessa comparsa della dimensione “mercato interno”, la cui realizzazione era introdotta come specifico e preminente obiettivo con l’Atto unico europeo (1986). Con ciò “cambiò (...) anche la concezione del ruolo delle normative nazionali in materia economica: il *Libro Bianco* di Delors (Commissione delle Comunità Europee, 1985) dichiara che le leggi nazionali non concorrenziali limitano la realizzazione del libero mercato in Europa, e dà quindi stimolo a un nuovo filone di giurisprudenza comunitaria, rivolto non più solo alle imprese, ma anche agli atti dello Stato regolatore”; così M.C. MALAGUTI, *I valori della concorrenza e del mercato nell’Unione Europea: da Roma, a Maastricht, a Lisbona*, in *Moneta e Credito*, dicembre 2015, p. 408. Lo scritto segue le successive evoluzioni dei Trattati, dando in particolare conto delle tesi che, alla luce delle modifiche portate a Lisbona, tendono ad esentare gli atti compiuti dagli Stati da qualsiasi valutazione operata sulla base delle norme della concorrenza.

⁴ La criticità è efficacemente discussa da A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l’Antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 127, che sottolinea: “È evidente, infatti, che sia che l’impresa in crisi riceva aiuti di Stato per recuperare la propria redditività sia che si avvalga del contributo obbligatorio di azionisti e creditori, in entrambi i casi è la sua sopravvivenza in sé (quale

nella prospettiva di governo delle distorsioni derivanti da differenziate possibilità di intervento di sostegno di intermediari sì nazionali, ma operanti su un mercato tendenzialmente integrato nella prospettiva del “mercato interno”.

2. Il penetrante presidio delle norme sugli aiuti di Stato in ambito bancario è consentito da un’articolazione disciplinare che pone le regole sugli aiuti saldamente nelle mani della Commissione, non solo tramite l’attribuzione dei poteri di cui all’art. 108 TFUE⁵, ma prima ancora grazie alla configurazione della fattispecie vietata.

Configurazione già ampia che, con la convergenza delle altre istituzioni europee e l’accompagnamento di una giurisprudenza più che *complaint* della Corte di giustizia, è divenuta oggetto di un’interpretazione estensiva consolidatasi in un *acquis communautaire* molto pervasivo, sia in punto di nozione di aiuto, sia di perimetrazione della sua rilevanza.

Quanto alla nozione: è noto che la formula normativa di aiuto fornita dall’art. 107, par. 1, TFUE è tanto ampia – “aiuto sotto qualsiasi forma” – da aver consentito di inanellare una tale serie di espansioni interpretative da giungere a privarla di valenza definitoria ulteriore rispetto all’elemento della riconducibilità della misura ad iniziativa pubblica.

L’esito esecutivo-applicativo viene poi accolto in alcuni testi normativi, in particolare all’art. 19 del regolamento sul *Single Resolution Mechanism* – regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010 –, che espressamente include nell’area d’incidenza della disciplina degli aiuti anche gli interventi dei fondi di risoluzione, cioè di fondi privati nella titolarità, nella natura giuridica e nell’origine delle risorse finanziarie impiegate.

In tal modo, con anomalo dialogo tra fonti, il regolamento 806/2014 muta il tasso di vincolatività di una previsione già portata nella c.d. “comunicazione ban-

impresa inefficiente), e non l’origine del sostegno ricevuto, ad alterare la parità concorrenziale”. L’A. riconduce poi le norme a finalità di garanzia dell’equilibrio dei bilanci pubblici, certo non estranee alle preoccupazioni delle istituzioni europee.

⁵ Cfr., in particolare, gli obblighi di previa notifica e di *standstill* di cui all’art. 108, par. 3, che non trovano applicazione solo nei casi di esenzione disposti ai sensi dell’art. 109, fra cui non sono contemplati gli aiuti a banche. Ai sensi dell’art. 108, par. 3, dunque, lo Stato membro deve comunicare alla Commissione i progetti di istituzione o modifica di aiuto “in tempo utile perché presenti le sue osservazioni”, restando preclusa l’istituzione della misura fino a che la procedura di valutazione non abbia condotto alla decisione finale della Commissione. In tal modo la norma conferisce alla Commissione un potere potenzialmente conformativo della misura *progettata* dallo Stato membro, che finisce per essere bloccato nella contrattazione. E ciò specie ove si consideri che la clausola di *standstill* “è formulata in termini sufficientemente precisi ed incondizionati ed è perciò stata considerata dalla Corte di giustizia direttamente efficace e capace di essere applicata dai giudici nazionali nel quadro delle loro competenze. Il numero di pronunce della Corte di giustizia che toccano l’uno o l’altro profilo del *private enforcement* in materia di aiuti di Stato è cresciuto negli ultimi anni, segno che sempre più spesso i soggetti interessati ad impedire la concessioni o il mantenimento di aiuti non autorizzati o illegali (...) si rivolgono ai giudici nazionali, invece che alla Commissione”; così L. DANIELE, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, p. 160.

che” del 2013⁶, dove nella nozione di aiuto si riconducono sia gli interventi dei fondi di risoluzione (n. 64), sia gli interventi dei fondi di garanzia dei depositanti, salvo che per la limitata funzione obbligatoria di rimborso dei depositi (n. 63)⁷.

L'impostazione che riduce la qualificazione della fattispecie alla riferibilità a potere pubblico dell'*input* decisionale è amplificata dalla comunicazione sugli aiuti del 2016⁸ che, declinati in ampio ventaglio i criteri di imputabilità della misura a Stato membro (punto 39 ss.), esclude tale imputabilità per la misura realizzata da uno Stato membro “se questo ha l'obbligo di applicarla in base al diritto dell'Unione senza disporre al riguardo di alcun potere discrezionale” (punto 44).

Nel sistema aperto di fonti secondarie di diritto dell'Unione⁹, la discriminante d'imputabilità così definita pone da un canto la questione della vincolatività delle comunicazioni della Commissione (di cui dirò fra breve in relazione agli attuali orientamenti della Corte di giustizia), d'altro canto il problema di misure nazionali il cui *input* decisionale sia riconducibile alla Commissione. Penso, ad esempio, ad accordo di massima che preveda anche la contribuzione privata come condizione per l'aiuto pubblico. A prescindere dalle valutazioni di proconcorrenzialità di un intervento che spalma le perdite sui concorrenti, il fatto che la Commissione consenta o solleciti l'intervento significa che non si configura l'aiuto o esprime una previa valutazione di compatibilità, non consentendo una successiva modifica di tale valutazione? Quale che sia la ricostruzione preferita, comunque è da escludere la legittimità di qualsiasi successiva applicazione della disciplina sugli aiuti in relazione agli interventi oggetto dell'accordo di massima.

⁶ Comunicazione della Commissione, del 30 luglio 2013, relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, 2013/C 216/01.

⁷ Ricorrente la critica alla rigida sussunzione degli interventi dei fondi di garanzia dei depositanti nel regime degli aiuti di Stato, per diversi aspetti. In particolare, S. DE POLIS, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, 27 aprile 2016, www.bancaditalia.it, sottolinea: “Il richiamato orientamento porta al paradosso che abbiamo sperimentato in questi ultimi mesi: da un lato, la Direttiva DGS disciplina gli interventi preventivi e alternativi, volti a favorire la soluzione della crisi bancaria, dall'altro l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, letta congiuntamente al nuovo quadro giuridico europeo in materia di risoluzione, inibisce di fatto tali interventi ai fondi. In sintesi le ragioni della tutela della concorrenza e della limitazione degli aiuti di Stato sembrano prevalere sulle esigenze di efficace soluzione delle crisi, di salvaguardia della funzionalità del sistema e di tutela dei diritti dei creditori”. E la *gabbia* in cui la “comunicazione banche” ha racchiuso gli interventi preventivi dei fondi ha condizionato pesantemente, in Italia, i metodi di gestione della crisi delle quattro banche poste in risoluzione alla fine del 2015. Infatti, “mentre si sviluppavano i macchinosi dialoghi con la Commissione, la situazione delle quattro banche si è inevitabilmente deteriorata e alla fine la loro risoluzione è stata l'unica soluzione possibile, sia pure con costi aggiuntivi sia per le banche che per i creditori subordinati. Al settore bancario (comprese, tra l'altro, le BCC, che del Fondo di Risoluzione è pressoché certo che non potranno mai giovare) essa è costata sensibilmente di più di quanto sarebbe costato l'intervento del Fondo, e gli obbligazionisti subordinati sono stati sacrificati integralmente, con gli esiti e le turbolenze che conosciamo e la produzione alla fine di un ulteriore onere per le banche nel loro ristoro, attraverso il Fondo di Solidarietà, alimentato dalle risorse del FITD”. Così S. MACCARONE, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, p. 577 s.

⁸ Comunicazione della Commissione, del 19 luglio 2016, sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 262/01.

⁹ Fonti arricchite da una pluralità di atti atipici e poste fra loro sul medesimo piano, dato che anche fra gli atti tipici “non è possibile rinvenire alcun rapporto gerarchico”, come segnala U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 260.

Configurata l’imputabilità della misura, la comunicazione del 2016 definisce la nozione di aiuto (punto 47 ss.) arrivando ad attingere ogni risorsa, con espressa esclusione di ogni rilevanza sia dell’origine delle risorse (punto 57) che del concorso di risorse di matrice privata facoltativamente conferite (punto 58).

Ciò “*poiché il fattore rilevante non è l’origine delle risorse, ma il livello dell’intervento dell’autorità pubblica nella definizione della misura e del suo metodo di finanziamento*. Il trasferimento di risorse statali può essere escluso solo in circostanze molto specifiche, ossia quando le risorse provenienti dai membri di un’associazione commerciale sono destinate al finanziamento di uno scopo specifico nell’interesse degli aderenti, *sono oggetto di decisione da parte di un’organizzazione privata e perseguono uno scopo puramente commerciale*” (punto 58, enfasi aggiunta)¹⁰.

L’evanescenza contenitiva della nozione di aiuto di Stato s’accompagna, come anticipavo, a pari evanescenza del criterio di perimetrazione delle sua rilevanza.

A riguardo, l’art. 107, par. 1, TFUE replica la formula delimitativa degli articoli 101 e 102 TFUE, collegando la rilevanza all’idoneità ad incidere sugli scambi intracomunitari, idoneità che si misura prima di tutto identificando il mercato rilevante. Ma la formula *vive* in maniera diversa nei due ambiti disciplinari: negli articoli 101 e 102 opera come articolato criterio di giurisdizione materiale funzionale a gestire la convivenza fra Commissione e autorità nazionali¹¹; nello splendido isolamento della Commissione consacrato dall’art. 107, invece, se ne fa un’interpretazione a spanne¹² e per presunzioni.

Con applicazione, in particolare, dell’estensivo criterio definito dalla basilare sentenza *Philip Morris* del 1980¹³, secondo cui rileva la astratta idoneità ad affettare gli scambi intracomunitari, operando quindi il criterio anche rispetto ad “aziende che operino *con prospettive transnazionali*”¹⁴. Quindi: a prescindere dalla dimensione della banca, dalla sua rilevanza o non rilevanza¹⁵.

¹⁰ Nella così delineata nicchia si colloca con qualche fatica l’intervento “privato” – sollecitato dalla stessa Commissione, se pure in epoca anteriore alla comunicazione del 2016 qui riferita – per la soluzione del caso Banca Tercas, che ha portato alla costituzione (nel novembre 2015) di uno Schema volontario, ora organicamente inserito nel nuovo statuto del FITD, “allo scopo di disporre di uno strumento aggiuntivo per la soluzione delle crisi bancarie, anche in risposta ai vincoli e alle limitazioni imposti dalla Commissione europea in materia di aiuti di Stato riferiti agli interventi dei sistemi di garanzia dei depositi” (FITD, *Relazione al bilancio 2016*, p. 24). È andato così a regime un sistema binario dovuto ad un’opzione applicativa della disciplina sugli aiuti di Stato “fondata su una evidente petizione di principio”. Così S. MACCARONE, *op. cit.*, p. 577.

¹¹ Criterio che mantiene la sua funzione discretiva pur nell’interpretazione elastica elaborata dalla Corte di giustizia, che ha esteso l’ambito di applicazione degli articoli 101 e 102. Cfr. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2015, VIII ed., p. 78 e *passim*.

¹² Spesso priva della distinta considerazione degli elementi che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, concorrono all’interpretazione della nozione: il commercio tra Stati membri, il potenziale pregiudizio e l’apprezzabilità dello stesso.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 1980, causa 730/79.

¹⁴ Chiave interpretativa sostanzialmente confermata dalla comunicazione sugli aiuti del 2016, punti 186-187.

¹⁵ “Il caso di Banca Tercas è paradigmatico. Secondo la Commissione l’intervento del Fondo ha distorto la concorrenza, in quanto ha evitato il fallimento e quindi l’uscita dal mercato della Banca; inoltre, poiché Tercas, nota la Commissione, è in concorrenza con imprese straniere, il commercio tra gli Stati membri ne è risultato influenzato. Ora, Tercas rappresentava – secondo le indicazioni della stessa Commissione – lo 0,1% del sistema bancario italiano, e operava quasi esclusivamente in Abruzzo; è

3. Fissata l'ampia area di divieto al par. 1, l'art. 107 TFUE si svolge declinando due aree di aiuti compatibili con il mercato interno.

Il par. 2 seleziona il ristretto novero di aiuti compatibili *de jure*, con funzione di correzione di specifici disequilibri (ivi inclusi quelli connessi alla riunificazione delle due Germanie), mentre il par. 3 sottopone a valutazione di compatibilità fattispecie rientranti in un elenco di macrocategorie, integrabile con proposta della Commissione e decisione del Consiglio¹⁶.

Nella valutazione relativa ad aiuti nel settore bancario sono venute in considerazione le categorie di cui alle lettere b) e c) del par. 3, l'una che accomuna misure con impatto di sistema (fra cui misure destinate "a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro"), l'altra che consente limitate deroghe, settoriali e regionali¹⁷.

Fino all'impatto dell'onda della crisi *subprime*, i radi casi sono stati decisi basando sulla disciplina degli aiuti alle imprese in difficoltà (*ex lett. c*), ma l'evolvere impetuoso dei dissesti e le iniziative – protezionistiche – assunte dai maggiori Stati membri impongono un mutamento di prospettiva.

L'indicazione politica dell'Ecofin – "the Commission should allow for flexibility in the implementation of state aid commitments of Member States"¹⁸ – consacra l'apertura (*ex lett. b*) di una sorta di temporanea superstrada, procedurale e sostanziale, realizzata con la comunicazione del 2008¹⁹.

L'orientamento prosegue per alcuni anni – con comunicazioni settoriali e prologhe, legate all'emergenza dell'intreccio fra stabilità delle banche e dei debiti sovrani – e si infrange nella citata comunicazione del 2013 che: assorbe le criticità di una regione d'Europa, chiude la superstrada; esplicita una peculiare applicazione della lett. b), secondo cui il valore comparato alla potenziale lesività concorrenziale dell'aiuto è la stabilità finanziaria non del mercato dello Stato membro, ma del mercato unico (punto 7); conferma ed articola la regola di condivisione degli oneri, che

difficile credere che la sua permanenza sul mercato abbia influito sul commercio tra gli Stati membri!". Così S. MACCARONE, *op. cit.*, p. 579.

¹⁶ Su altro piano si pone la valutazione *extra ordinem* di compatibilità dell'aiuto prevista dall'art. 108, par. 2, co. 3, ai sensi del quale: "A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell'articolo 107 o ai regolamenti di cui all'articolo 109, quando circostanze eccezionali giustifichino tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo. Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera".

¹⁷ Accurata analisi dell'intera evoluzione – dalle decisioni *ex lett. c*) alle "comunicazioni banche" *ex lett. b*) – è condotta da S. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2010, p. 379 ss.; *Gli aiuti di Stato alle banche in crisi*, *ivi*, 2013, p. 622 ss. Ai suoi scritti, pertanto, integralmente rinvio.

¹⁸ *Contribution to the European Council*, 2911° Consiglio Affari economici e finanziari, Bruxelles, 2 dicembre 2008.

¹⁹ Comunicazione della Commissione, del 25 ottobre 2008, l'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, 2008/C 270/02.

già era emersa fuor di criptici rinvii nella comunicazione del 2009²⁰ ed è stata poi parzialmente raccolta dalla BRRD²¹.

Si pongono quindi i problemi se le previsioni della comunicazione siano vincolanti al di fuori degli obblighi fissati da fonte normativa europea e se esse possano direttamente tradursi in norme nazionali (e v. le opzioni del d.l. 237/2016); problemi giunti di recente all’attenzione della Corte di giustizia.

4. Con la sentenza *Kotnik*²², la Corte di giustizia si pronuncia su rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale slovena, che metteva in dubbio la legittimità costituzionale di varie disposizioni di legge nazionale relativa a misure straordinarie per il risanamento del settore bancario, le quali, “mirano a trasporre nel diritto nazionale la comunicazione sul settore bancario, per consentire alle autorità nazionali di accordare alle imprese di tale settore aiuti compatibili con il mercato interno” (punto 29). La Corte slovena sollevava diverse questioni pregiudiziali relative alla validità ed all’interpretazione della “comunicazione banche” del 2013, con particolare riguardo al requisito del *burden sharing*.

La Corte di giustizia ha pertanto svolto una dettagliata analisi, fissando alcuni punti di rilievo: il *burden sharing*, come richiesto dalla comunicazione, non è obbligatorio (e dirò fra un attimo in che termini), però è sicuramente legittimo; può essere applicato retroattivamente; non viola il diritto di proprietà tutelato dall’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, né le potestà deliberative degli azionisti di banche.

Sul primo punto, la sentenza configura un’obbligatorietà *ex uno latere*: la comunicazione del 2013 è vincolante per la Commissione, ma non per gli Stati membri.

Si tratta di sviluppo giurisprudenziale innovativo, solo “in parte anticipato da una sentenza di poco precedente (...). In passato, la Corte aveva attribuito alle Comunicazioni della Commissione una portata vincolante nei due sensi: non solo nel senso di obbligarla ad autorizzare aiuti conformi a tali Comunicazioni, ma anche di rigettare misure che non lo fossero”²³.

La Corte di giustizia giunge alla riferita conclusione partendo dal rilievo che in materia dove “gode di un ampio potere discrezionale il cui esercizio comporta complesse valutazioni di ordine economico e sociale” (punto 38), la Commissione, “nell’esercizio di tale potere discrezionale, (...) può adottare orientamenti al fine di stabilire i criteri in base ai quali essa intende valutare la compatibilità, con il mercato interno, di misure di aiuto previste dagli Stati membri” (punto 39). Ora, “adottando siffatte norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui si riferiscono, la Commissione si autolimita nell’esercizio di detto potere discrezionale e non può, in linea di principio, discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a

²⁰ Comunicazione della Commissione, del 19 agosto 2009, sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato, 2009/C 195/04. Per i criptici rinvii v. punto 5.

²¹ Con gli scostamenti segnalati da G. BOCCUZZI, *L’Unione Bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, p. 194 s.

²² Sentenza del 19 luglio 2016, causa C-526/14.

²³ G. L. TOSATO, *Bail-in: legittimo, ma non obbligatorio*, 26 luglio 2016, www.affarinternazionali.it. Il riferimento al precedente è alla sentenza dell’8 marzo 2016, causa C-431/14, *Grecia c. Commissione*.

titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento” (punto 40; la Corte richiama la sentenza *Grecia c. Commissione*, punto 69 s. e giurisprudenza ivi citata).

L’effetto delle norme di comportamento in questione, così circoscritto, comporta che la Commissione “non può rinunciare all’esercizio del potere discrezionale conferitole dall’art. 107, par. 3, TFUE (...). L’adozione di una comunicazione (...) non dispensa la Commissione dall’obbligo di esaminare le specifiche circostanze eccezionali che uno Stato membro invoca, in un caso particolare, al fine di chiedere l’applicazione diretta dell’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e di motivare eventualmente il proprio rifiuto di accogliere una richiesta del genere” (punto 41, ove essa richiama nuovamente la sentenza *Grecia c. Commissione*, punto 72).

Così ricalcate argomentazioni e conclusioni del vicino precedente, la Corte ne trae a chiare lettere logiche conseguenze: “Da quanto precede risulta, da un lato, che l’adozione delle norme di comportamento contenute nella citata comunicazione ha avuto un effetto circoscritto all’autolimitazione della Commissione nell’esercizio del proprio potere discrezionale, nel senso che, se uno Stato membro notifica alla Commissione un progetto di aiuto di Stato che è conforme a dette norme, quest’ultima, in linea di principio, deve autorizzare tale progetto. Dall’altro lato, gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali” (punto 42). “Ne consegue che la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri” (punto 43).

Si profila, così, la possibilità di “legittimare misure di sostegno statale (quali sono quelle correlate ai sistemi di garanzia dei depositi) non pienamente rispondenti ai canoni interpretativi forniti dalla Commissione (...) chiamata ad assumere in futuro (...) comportamenti più flessibili rispetto a quelli, al presente, assunti”²⁴, con conseguente recupero di apposite e *laiche* valutazioni degli effettivi costi, economici e sociali, di aiuti pubblici intrecciati al *burden sharing* rispetto ad interventi preventivi dei fondi di garanzia²⁵.

Lo spazio di scollamento dalle “norme di comportamento” annunciate nella comunicazione è però commisurato dalla Corte (e v. i su riportati punti 41 e 42) ad un parametro di eccezionalità delle circostanze che possono portare ad autorizzare un aiuto distonico rispetto al quadro predefinito.

Si pone, quindi, il problema se tale eccezionalità esorbiti le possibilità di deroga alla regola del *burden sharing* già definite dalla comunicazione²⁶ in una logica univocamente vincolata alle garanzie di stabilità del mercato interno o se essa possa anche collocarsi nella prospettiva del mercato nazionale. Se cioè sia possibile, come condivisibilmente affermato, “appellarsi direttamente all’art. 107.3.b del Trattato sul funzio-

²⁴ D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017, p. 92 s.

²⁵ V. *supra*, a nota 7.

²⁶ Possibilità dettagliate al punto 45: “È possibile derogare a quanto richiesto ai punti 43 e 44 se l’attuazione di tali misure metterebbe in pericolo la stabilità finanziaria o determinerebbe risultati sproporzionati. Tale eccezione può riguardare casi in cui l’importo degli aiuti da concedere sia limitato rispetto agli attivi della banca ponderati per il rischio e la carenza di capitale sia stata notevolmente ridotta, in particolare mediante misure di raccolta di capitale di cui al punto 35. È possibile ovviare a risultati sproporzionati o rischi per la stabilità finanziaria anche rivedendo la successione delle misure per affrontare la carenza di capitale”.

namento dell’Unione europea, TFUE (‘grave turbamento dell’economia di uno Stato membro’); e chiedere quindi un’esonazione anche per ragioni diverse da quelle previste nella Comunicazione²⁷. A me pare che solo la seconda interpretazione attribuisca effettiva portata a quanto sancito dalla Corte, aprendo un’area di valutazione distinta e ulteriore rispetto a quella già predefinita, con effettiva facoltà degli Stati membri di notificare misure che non soddisfano i requisiti predeterminati nella comunicazione e con obbligo della Commissione di motivare un eventuale rifiuto di autorizzarle.

E ciò trova base nella puntuale applicazione dell’inciso dell’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE appena riportato, che la Comunicazione spigliatamente riferisce al “mercato interno”, che permane tuttora dimensione giuridicamente ed economicamente distinta.

Burden sharing non vincolante dunque, nei limiti visti, ma – afferma la Corte di giustizia, con motivazione più stringata e meno articolata di quella offerta sul punto precedente – da considerarsi legittimo. Non vi ostano le norme del TFUE in materia di aiuti (punto 60), anzi “come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 56 delle conclusioni, il ricorso alla base giuridica dell’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE è tanto più giustificato dalla circostanza per cui, nell’ambito della crisi finanziaria mondiale che è all’origine dell’adozione di detta comunicazione, l’economia di numerosi Stati membri è stata colpita da gravi turbamenti” (punto 51). E conforme a tale base giuridica la Corte sembra ritenere le motivazioni addotte dalla comunicazione, che vengono puntualmente riportate: limitare l’aiuto al minimo necessario, ridurre il pregiudizio alla concorrenza nel mercato interno, scoraggiare il “rischio morale” (punti 54-58).

Legittima anche la retroattività del *burden sharing*, non ravvisando la Corte alcuna lesione del principio di tutela del legittimo affidamento: per consolidata giurisprudenza il diritto di avvalersi di tale principio “presuppone che rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, siano state fornite all’interessato dalle autorità competenti dell’Unione” (punto 62). Rassicurazioni che, nella specie, non sarebbero mai state fornite²⁸: “Da un lato, infatti, gli azionisti e i creditori subordinati delle banche interessate non disponevano di alcuna garanzia proveniente dalla Commissione quanto al fatto che essa avrebbe approvato un aiuto di Stato per affrontare la carenza di capitale di dette banche. Dall’altro lato, gli investitori in parola non avevano ricevuto la rassicurazione che, tra le misure destinate ad affrontare il deficit di capitale delle banche beneficiarie dell’aiuto di Stato autorizzato dalla Commissione, non ve ne fossero alcune tali da incidere sui loro investimenti” (punto 64).

Né l’affidamento poteva basarsi sulle precedenti comunicazioni sulla stessa materia, in quanto “una simile circostanza non può essere considerata come una rassicurazione precisa, incondizionata e concordante tale da far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati il legittimo affidamento di non essere sottoposti in futuro a misure di condivisione degli oneri. Come già dichiarato dalla Corte, se il principio della tutela del legittimo affidamento è uno dei principi fondamentali dell’Unione, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell’am-

²⁷ G.L. TOSATO, *op. loc. cit.*

²⁸ Stigmatizza la debolezza dell’argomentazione e la sua idoneità a ledere il principio di parità di trattamento F. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema finanziario*, Torino, 2016, p. 92.

bito del potere discrezionale delle istituzioni dell'Unione, specialmente in un settore come quello degli aiuti di Stato, il cui oggetto implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica" (punto 66).

Ancora, la Corte esclude la necessità di un periodo transitorio per adeguarsi ai nuovi requisiti di condivisione degli oneri: "anche a voler supporre che l'Unione abbia precedentemente creato una situazione atta a generare un legittimo affidamento, un interesse pubblico inderogabile può ostare all'adozione di provvedimenti transitori per situazioni sorte prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, ma non ancora conclusesi" (punto 68). E "l'obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario, al contempo evitando una spesa pubblica eccessiva e minimizzando le distorsioni della concorrenza, costituisce un interesse pubblico superiore di tale natura" (punto 69).

La Corte esclude, per altro aspetto, indebite lesioni del diritto di proprietà (art. 17 Carta), che non discenderebbero dalla Comunicazione: "Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 71 delle conclusioni, la comunicazione sul settore bancario non richiede forme o procedure particolari per l'adozione delle misure di condivisione degli oneri di cui ai punti da 40 a 46 della stessa. Simili misure possono pertanto essere adottate volontariamente dagli azionisti, attraverso un accordo tra l'istituto di credito interessato e i creditori subordinati, il che non può essere considerato come un'ingerenza nel loro diritto di proprietà" (punto 72).

Ma anche in caso di misura d'autorità, le posizioni giuridiche di azionisti e creditori subordinati di per sé incorporano il rischio di perdita del capitale in scenario avverso, rischio che sarebbe del pari attivato in caso di fallimento conseguente alla mancata erogazione dell'aiuto (punti 73-79). *Terzium non datur*, nella prospettiva della Corte.

Del pari, essa esclude che le operazioni coattive sul capitale connesse al *burden sharing* ledano le prerogative dell'assemblea dei soci riconosciute dalla direttiva 2012/30, quali iscritte nelle finalità proprie della direttiva, che "mira ad assicurare agli investitori che i loro diritti saranno rispettati in tutto il mercato interno dagli organi delle società in cui essi hanno investito, in particolare al momento delle operazioni di costituzione di una società e di aumento e riduzione del capitale sociale. Di conseguenza [*sic!*], le misure previste dalla direttiva 2012/30 per garantire detta protezione riguardano il funzionamento ordinario delle società per azioni" (punto 87). Per contro, "le misure di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati, quando sono imposte dalle autorità nazionali, costituiscono misure straordinarie. Esse possono essere adottate solamente in un contesto di grave turbamento dell'economia di uno Stato membro nonché allo scopo di evitare un rischio sistemico e assicurare la stabilità del sistema finanziario" (punto 88)²⁹.

A fronte dei metodi individuati dalla Commissione per garantire la stabilità del mercato interno, la Corte sancisce che "la proprietà e/o i diritti partecipativi sono valori recessivi e, dunque, *derogabili* al cospetto di esigenze di stabilità del sistema finanziario"³⁰, ma esigenze quali interpretate e gestite dalla Commissione.

²⁹ L'orientamento così espresso è stato alcuni mesi dopo confermato nella sentenza dell'8 novembre 2016, causa C-41/15, *Dowling*.

³⁰ E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria*, Torino, 2017, p. 79. L'A., pur auspicando la "contingenza" del principio, individua il suo consolidarsi in testi normativi, europei e nazionali.

Complessivamente riguardata, la sentenza *Kotnik* rafforza l’orientamento espresso dalla “comunicazione banche” e contribuisce al riconoscimento della dimensione totalizzante della visione della Commissione sulle metodiche ottimali di gestione delle crisi bancarie.

A fronte degli esigui spazi di non vincolatività attribuiti alla comunicazione sta, infatti, un pieno riconoscimento della sua filosofia, che è integralmente imperniata sulla “necessità di proteggere l’integrità del mercato unico”³¹. E di farlo con il ricorso ad uno strumentario *one size*³², conformato ai criteri co-elaborati nell’ambito del *Financial Stability Board*³³.

5. Dal quadro di regole fin qui delineato emerge incontrastato un duplice ruolo della Commissione: ruolo strategico, di conformazione di strategie di intervento, rafforzate da conformi previsioni normative e sentenze della Corte di giustizia; ruolo di decisore ultimo nelle specifiche procedure, che in fatto depotenzia l’approccio corale (*rectius*: concorrente, vista la manifestata carenza di armonia) di soggetti istituzionalmente competenti, in una opaca sovrapposizione che irrimediabilmente offusca ogni prospettiva di *accountability* e di controllo democratico.

Prospettive che assumono peculiare peso specifico quando si consideri il fatto che le decisioni in ordine alla gestione dell’instabilità bancaria hanno una forte componente di valutazione politica, componente propria del DNA del sistema, che non è rimossa dal convergere di competenze di *autorità indipendenti*.

Il problema di fondo con cui si confronta ogni sistema bancario nazionale, con le sue peculiarità, è dunque di individuare gli spazi di titolarità della valutazione politica, cui si connette la tutela selettiva d’interessi che ogni specifica scelta impone.

Nell’interlocuzione con gli Stati membri, l’integralismo del mercato interno c.d. concorrenziale celebrato dalla Commissione – in forza dei poteri che il quadro di regole vigenti le consente – ha in fatto portato ad una forte marginalizzazione delle valutazioni politiche nazionali, che ispirano le faticose contrattazioni funzionali a salvaguardare interessi diversi da quello alla stabilità del mercato interno. Interessi multiformi: talora opachi, talora costituzionalmente rilevanti.

Simile integralismo pone quindi problemi di compatibilità con l’assetto costituzionale nazionale³⁴, alla luce del principio del primato del diritto europeo quale attualmente consolidato.

³¹ A. DE ALDISIO, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L’intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2016, p. 352, che puntualmente argomenta.

³² Quindi, con obliterazione del criterio di proporzionalità, che in principio attraversa l’intera regolamentazione bancaria, ma nelle specifiche applicazioni rischia di essere sostanzialmente recessivo, comportando pesanti discriminazioni a carico di taluni mercati nazionali e tipologie di intermediari. Sul tema, si consenta il rinvio ad A. ANTONUCCI, *Despecializzazione e principio di proporzionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2014, n. 4, p. 25 ss.

³³ *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, adottati nell’ottobre 2011 e successivamente aggiornati nell’ottobre 2014, www.fsb.org.

³⁴ Problemi di compatibilità possono porsi anche rispetto alla dimensione sociale che connota l’economia di mercato dopo la modifica ai Trattati definitivamente consacrata a Lisbona, dimensione peraltro soggetta ad interpretazioni molto contrastanti. Sul tema v., con specifico riferimento alle banche, M.C. MALAGUTI, *op. cit.*, p. 11 ss. e, in più ampia prospettiva, G. LUCHENA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006, che così individua lo specifico disciplinare dell’economia sociale di mercato: “Questa ‘terza via’, tra rifiuto dell’intervento pubblico invasivo ed esaltazione del mercato *tout court*,

È noto che anche le norme costituzionali possono essere considerate recessive rispetto a contrastanti disposizioni europee, secondo selezione compiuta seguendo la c.d. teoria dei controlimiti, come elaborata dalla nostra Corte costituzionale³⁵. Rinvenuto il fondamento della recessività nell'art. 11 Cost.³⁶, la Corte ne individua costantemente il perimetro nel “contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona”, volta a volta includendovi disposizioni presenti nell'intero corpo costituzionale, non fra i soli “principi fondamentali” di cui agli articoli 1-12.

Nel processo di configurazione del perimetro dei “controlimiti”, non risulta finora portata all'attenzione della Corte la questione della compatibilità dell'opzione di prevalente tutela della stabilità del mercato interno, basata sul diritto europeo, con il principio di tutela del risparmio quale configurato dalle nostre norme costituzionali.

Principio complesso, posto a tutela di una pluralità di diritti e posizioni costituzionalmente rilevanti, illustrato in recente *lectio magistralis* da Paolo Grossi³⁷ che, individuate correlazioni e sinergie dell'art. 47 Cost. con molteplici e disomogenee norme costituzionali, così concludeva: “appare del tutto evidente che il sacrosanto obiettivo di garantire, il più possibile in termini reali, la solidità patrimoniale delle banche o la loro liquidità non può, però, risultare né sufficiente né fine a se stesso”, ma a “l'effettivo e adeguato funzionamento dei meccanismi della ‘fiducia’ nel loro insieme”. Meccanismi che esorbitano l'integralismo della tutela del mercato interno, cui “noi non possiamo, in alcun modo, considerare sacrificabili né sacrificare due componenti costitutive della qualità del nostro convivere, e quasi una condizione di molte altre: la credibilità e l'equità”.

Abstract

Banking “State Aid”: Commission Directing Action Rules

The current framework on State aid to banks contributes to place the decisions concerning the banking crisis management in the hands of the Commission.

Yet, the choices of intervention (e.g. about burden sharing) have a great political and social relevance that involves national interests and constitutional rights.

Therefore the essay aims to identify features and boundaries of Commission's powers, apparently practiced with a severe internal market fundamentalism, that wipe every different perspective out.

costituisce l'ancoraggio concettuale per la reciproca legittimazione dello Stato e del mercato in una sorta di moto circolare il cui asse è rappresentato dai diritti sociali fondamentali” (p. 185).

³⁵ La teoria nazionale nasce, “similmente a quanto avvenuto presso altri giudici costituzionali europei, come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili”. R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in *federalismi.it*, 29 febbraio 2016. Sui rapporti fra diritto europeo e costituzioni nazionali v., da ultimo, A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 319 ss.

³⁶ Sul punto incide anche il novellato art. 117, co. 1., Cost., nei termini definiti dalla sentenza n. 227/2010 (red. Tesaurò).

³⁷ *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, ABI, 19 maggio 2017.

Lina Panella*

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di immigrazione e la posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'Unione europea e le politiche di immigrazione e asilo. – 2. La CEDU e i diritti degli stranieri. – 3. Dal principio della protezione equivalente alla applicazione della clausola di sovranità. Il principio di protezione equivalente e sua evoluzione. – 4. Il rilievo della clausola di sovranità. – 5. La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di immigrazione. – 6. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE e il sistema di Dublino: sentenze recenti. – 7. La posizione della Corte di cassazione italiana. – 8. Conclusioni.

1. L'inesauribile incremento dei flussi migratori che ha interessato i Paesi europei e la conseguente adozione di un *corpus iuris* in materia di immigrazione da parte dell'Unione europea hanno notevolmente accresciuto il numero delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito Corte EDU) riguardo la compatibilità tra gli obblighi degli Stati in materia di protezione dei diritti dell'uomo¹ ed il c.d. sistema europeo comune di asilo. In breve chiariamo cosa s'intende con questa espressione.

Il Trattato di Lisbona, adottato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, introduce delle novità fondamentali nel settore delle politiche UE in materia di immigrazione e asilo. Infatti, la realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia diviene uno dei principali obiettivi dell'Unione (art. 3. par. 2, TUE) e si deve realizzare nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri (art. 67 TFUE). Più specificamente, la materia dell'immigrazione è inserita nel capo

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

¹ Il riferimento è ovviamente agli obblighi che derivano agli Stati dalle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali UE.

2 del titolo V TFUE rubricato “Politiche relative ai controlli alle frontiere, all’asilo, all’immigrazione”, in base al quale l’Unione sviluppa una politica comune in tali materie, fondata sulla solidarietà ed equipartizione della responsabilità tra gli Stati membri (articoli 77-80 TFUE). In altri termini, l’obiettivo non è più quello di adottare norme minime, come avveniva con il Trattato di Amsterdam, ma di approvare una politica comune nei settori espressamente indicati. Oltre alle norme contenute nel TFUE di cui si è detto per realizzare una politica comune in materia di asilo, le istituzioni UE hanno adottato alcuni atti di diritto derivato, fra cui i più rilevanti sono la direttiva 2011/95 sull’attribuzione della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, il regolamento 604/2013 (c.d. regolamento di Dublino III) sullo Stato competente², la direttiva 2013/32 sulle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale e la direttiva 2013/33 sulle condizioni di accoglienza. Questi atti dovrebbero costituire un sistema per assicurare che un solo Stato abbia la competenza ad esaminare le domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria e che il trattamento del richiedente e della domanda siano uniformi in ogni Stato³.

Come è noto, secondo il regolamento 64/2013, la responsabilità dell’esame di una domanda d’asilo incombe innanzitutto allo Stato membro che ha svolto il ruolo più rilevante riguardo l’ingresso del richiedente nell’UE. Nella maggior parte dei casi è il primo Stato membro nel cui territorio l’individuo ha fatto il suo ingresso, ma può trattarsi anche dello Stato membro che ha rilasciato il visto o il permesso di soggiorno a un cittadino di un Paese terzo che decide di rimanere nel Paese e chiedere asilo alla scadenza della sua autorizzazione. Tale sistema fa sì che l’onere maggiore nell’esame delle domande di protezione internazionale spetti a un numero limitato di Stati⁴. Il c.d. Sistema di Dublino III, infatti, stabilisce una serie di criteri oggettivi

² Il sistema di Dublino è oggetto di riforma da diverso tempo. Sulle ultime proposte di riforma cfr. A. CAMILLI, *Un passo storico della riforma del Regolamento di Dublino sull’asilo*, in *Internazionale*, 19 ottobre 2017.

³ Bisogna ricordare inoltre la direttiva 2001/55/CE che prevede la c.d. protezione temporanea, una procedura di carattere eccezionale che garantisce, “nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d’origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d’asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievole per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti protezione”.

⁴ Il 1° febbraio 2018 si è tentato di porre rimedio a questa situazione che costringe il nostro Paese ad affrontare il maggior numero di sbarchi, in quanto il Viminale e Frontex hanno stipulato un accordo che prevede che gli immigrati recuperati dalle navi militari che partecipano alla missione vengano sbarcati nel porto del Paese più vicino al punto di salvataggio, e non tutti in Italia come in passato. La speranza è quella che gli altri Stati UE, Malta in testa, si convincono a dare piena applicazione alle regole del mare e alla Convenzione di Amburgo, che già prevedrebbe lo sbarco dei profughi soccorsi in area Sar maltese a La Valetta. Con questo accordo, l’operazione Triton lanciata nel 2014 sarà sostituita dalla missione congiunta Themis che “servirà per assistere l’Italia nelle attività di controllo dei confini”. Tale missione continuerà ad includere la ricerca e il soccorso, ma avrà un focus rafforzato sulle forze dell’ordine. Inoltre riguarderà il Mar Mediterraneo centrale, dunque le acque che coprono i flussi da Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, Turchia e Albania. Naturalmente La Valetta già promette battaglia. Da diversi anni, Malta ha sempre sostenuto di non essere in grado di sostenere le spese sociali ed economiche che deriverebbero da una piena adesione alle Convenzioni Solas e Sar. Per questo avrebbe già avanzato a Bruxelles la richiesta di una riunione urgente per contrastare l’accordo raggiunto tra UE e Italia. Sull’argomento F. SARZANINI, *Migranti non solo in Italia. Gli sbarchi nel porto più vicino*, in *Il Corriere della sera*, 1° febbraio 2018. Per un esame della situazione riguardante la politica europea in materia di migrazione,

per designare un unico Stato responsabile per l'esame di una domanda di protezione internazionale, presentata da cittadini di Stati terzi sul territorio di uno Stato membro dell'UE, allo scopo di garantire l'accesso effettivo alle procedure e, nello stesso tempo, evitare il c.d. *forum shopping*, cioè la presentazione di domande multiple. A tal fine il 3° 'considerando' del regolamento 604/2013 precisa che "senza pregiudizio dei criteri di competenza definiti nel presente regolamento, gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi". Viene così codificata la c.d. presunzione di sicurezza di tutti gli Stati UE, fondata sul principio di fiducia reciproca nei sistemi di asilo nazionali. In tal modo si dà effettività ai due concetti fondamentali del sistema di Dublino, cioè certezza e rapidità che, come dimostra però la copiosa giurisprudenza della Corte EDU, non sempre si accompagnano ad un'adeguata tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Oltre alle norme contenute nei Trattati ed a quelle di diritto derivato richiamate in precedenza, è necessario inoltre sottolineare che gli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sanciscono rispettivamente il diritto di asilo ed il principio di *non-refoulement* "verso uno Stato in cui esiste un rischio concreto che l'individuo sia sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti" (art. 19, par. 2)⁵. Ai fini della presente indagine, degno di nota è il par. 3 dell'art. 52 della Carta, che precisa i rapporti di tale atto con la CEDU, stabilendo che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". In altri termini, la CEDU rappresenta uno *standard minimo* di protezione dei diritti umani che l'ordinamento UE deve in ogni caso rispettare, non escludendo che tale protezione dei diritti dell'individuo possa essere maggiore.

Il sistema europeo comune di asilo di cui si sono enucleati i principi fondamentali ha sollevato, nel tempo, problemi di congruità non solo con le norme di diritto internazionale di protezione dei rifugiati⁶, ma soprattutto con quelle della CEDU, in quanto gli obblighi per gli Stati derivanti dalla loro appartenenza all'Unione non sempre sono compatibili con gli impegni assunti con la ratifica della Convenzione. A tale proposito, prima di esaminare la giurisprudenza della Corte EDU con riferimento ai casi più recenti in materia di applicazione da parte degli Stati delle norme del sistema di Dublino, ci sembra necessario fare alcune specificazioni sulla competenza di tale organo in materia di asilo, o in generale di trattamento degli stranieri.

cfr. comunicazione della Commissione del 27 settembre 2017 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni, sull'attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2017)558 fin.

⁵ Il divieto di sottoporre un individuo a tortura o pene o trattamenti inumani e degradanti è ribadito in termini generali anche dall'art. 4 della Carta, identico all'art. 3 CEDU.

⁶ Per completezza è da dire che il sistema di Dublino ha presentato profili di incompatibilità anche con la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato. Sull'argomento cfr. E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione sui rifugiati del 1951*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 440; G. GAJA, *La compétence des Etats dans l'examen des demandes d'asile*, in *Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, 2014, p. 139.

2. La CEDU, pur conformandosi al principio di diritto internazionale secondo cui gli Stati sono assolutamente liberi in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri, contiene alcune norme che fanno espresso riferimento ai diritti spettanti a tali soggetti. Mentre al momento dell'adozione della CEDU il riferimento a diritti degli stranieri era contenuto solo negli articoli 5, par. 1, lett. f) (privazione della libertà per ragioni legate all'ingresso irregolare o all'allontanamento) e 16 (limitazioni dell'attività politica degli stranieri), successivamente sono stati aggiunti, solo a beneficio di coloro che si trovano regolarmente nel territorio dello Stato, l'art. 2 del Protocollo n. 4⁷, che prevede la libertà di movimento e di scelta della propria residenza, e l'art. 1 del Protocollo n. 7, adottato nel 1984, che accorda ai non cittadini alcune garanzie procedurali in caso di allontanamento.

Per quanto concerne, invece, tutti gli stranieri, indipendentemente dalla regolarità della loro presenza nel territorio dello Stato, la sola norma di tutela dei loro diritti è l'art. 4 del già citato Protocollo n. 4 che ne vieta le espulsioni collettive⁸. Come ha più volte ribadito la Corte EDU, la Convenzione non prevede il diritto di asilo, né il comportamento degli Stati in merito alla concessione o meno del diritto di ingresso o alla sua revoca può essere sottoposto al suo controllo. Tuttavia, malgrado l'interpretazione letterale delle norme convenzionali, è anche vero che, soprattutto nella sua recente giurisprudenza, la Corte ha esteso la tutela degli stranieri derivante dalle norme della Convenzione, incidendo direttamente sulla *domestic jurisdiction* degli Stati. In particolare, la Corte ha riconosciuto una protezione *par ricochet* (cioè indiretta) a tutti gli stranieri colpiti da un provvedimento di allontanamento o di rifiuto del permesso di soggiorno, nel caso in cui da tale provvedimento derivi una violazione per il soggetto di specifici diritti sanciti nella CEDU e si possa quindi configurare una sua violazione⁹. D'altra parte è noto che la dottrina è unanime nel considerare la Convenzione come *living instrument*, soprattutto grazie all'apporto giurisprudenziale della Corte¹⁰, la quale, nella sentenza *Matthews c. Regno Unito* del 18 febbraio 1999 sostenne “that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions is firmly rooted in the Court's case law”¹¹. Così, la Corte, avvalendosi di una interpretazione evolutiva delle norme della Convenzione, ha colmato le lacune in essa presenti, adattandola ai cambiamenti sociali che il trascorrere del tempo inevitabilmente determina.

In tal senso la formulazione generica degli articoli citati in precedenza e riguardanti gli stranieri ha permesso alla Corte europea di fornire una interpretazione

⁷ Il Protocollo n. 4 è stato adottato nel 1964 ed è entrato in vigore nel 1968. Per l'Italia è in vigore dal 27 maggio 1982.

⁸ Recita l'art. 4 del Protocollo n. 4: “[l]e espulsioni collettive di stranieri sono vietate”.

⁹ L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo “par ricochet” o protezione “par moitié”? La Grande camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento Dublino II*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 824.

¹⁰ Sulla CEDU come *living instrument* esiste un'ampia letteratura. A titolo esemplificativo cfr. P. MAHONEY, *The European Convention on Human Rights as a Living Instrument*, in *Bulletin des droits de l'homme*, 2005, p. 106 ss.; D. SPIELMANN, M. TSIRLI, P. VOYATZIS (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruxelles, 2011; N. BRATZA, *Living Instrument or Dead Letter: The Future of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 116 ss.

¹¹ Par. 39.

estensiva della loro portata, tanto da ravvisare diverse e variegate violazioni e, come si vedrà nelle pagine seguenti, individuare sempre più facilmente, una responsabilità degli Stati. La protezione indiretta dei diritti degli stranieri si riscontra, innanzitutto, nella giurisprudenza della Corte riguardante casi di espulsione o di allontanamento di questi soggetti, in genere, verso i loro Paesi di origine

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, infatti, a partire dal *leading case* del 1989 *Soering c. Regno Unito*, la responsabilità che si viene a configurare rispetto alle norme della Convenzione non è dello Stato di destinazione, ma della Parte contraente che espone l'individuo a determinati rischi, consegnandolo ad uno Stato nel quale vi siano ragionevoli motivi per ritenere che egli possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti¹². In particolare, a proposito dell'allontanamento degli stranieri, ad avviso della Corte EDU, sebbene la Convenzione non contempli espressamente il principio di diritto internazionale di *non refoulement*, lo stesso deve essere considerato "already inherent in the general terms of article 3". Gli Stati violano tale disposizione sia quando pongono in essere atti che corrispondano alla definizione data dalla Corte di "trattamenti inumani o degradanti" o di "tortura", sia quando consentono che altri Stati tengano tale condotta nei confronti di una persona che è nella loro disponibilità¹³. Il diritto dell'individuo, sia cittadino che straniero, di non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti è assoluto, non suscettibile di alcuna limitazione o deroga: ne consegue che, per quanto gravi siano i motivi che giustificano l'allontanamento, essi non possono mai prevalere sull'efficacia di tale diritto.

3. Per quanto attiene in particolare alla compatibilità tra gli obblighi convenzionali derivanti dalla CEDU e quelli degli Stati in base al sistema di Dublino, la Corte EDU, dopo una certa cautela iniziale¹⁴, ha adottato una posizione di sempre maggiore tutela dei diritti individuali, indebolendo in modo consistente i principi fondamentali su cui si basa la procedura dei trasferimenti. Infatti la posizione della Corte si è molto presto consolidata nel senso che i trasferimenti non devono sottoporre gli individui al rischio di subire una violazione dei diritti garantiti nella

¹² Sentenza del 7 luglio 1989. La Corte EDU, dopo aver definito l'art. 3 *principio fondamentale*, ne hanno riconosciuto l'importanza, affermando che esso rappresenta uno *standard* accettato a livello internazionale, come si evince dal Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici e dalla Convenzione americana sui diritti umani 1969.

¹³ Per una bibliografia essenziale cfr. G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 51; C. NANNINI, *Il controverso valore delle assicurazioni concernenti il rispetto del divieto di tortura*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 207; O. DE FROUVILLE, *The Influence of the European Court of Human Rights's Case Law in International Criminal Law of Torture on Inhuman or Degrading Treatment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 633; A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *L'art. 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di "refoulement"*, in *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012.

¹⁴ Nella prima fase in cui il problema della compatibilità tra obblighi derivanti agli Stati dalla CEDU e dalla normativa comunitaria in materia di immigrazione si è posto, la Corte non ha riscontrato alcuna violazione. V. Corte EDU, decisioni del 7 marzo 2000, *T. I. c. Regno Unito*, e del 2 dicembre 2008, *K. R. S. c. Regno Unito*.

Convenzione, soprattutto quando esiste la possibilità di subire torture o trattamenti inumani e degradanti in violazione dell'art. 3 CEDU¹⁵.

In una prima fase, il principio che ha guidato la giurisprudenza della Corte per la valutazione del comportamento statale, in esecuzione di un obbligo imposto dalla CE (oggi UE), è stato quello della “protezione equivalente”, la cui applicazione, comunque, è molto spesso più favorevole agli interessi degli Stati che a quelli dell'individuo¹⁶. Secondo questo principio, che si è affermato in un primo tempo nell'ambito dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento interno¹⁷, la Corte non esercita il proprio potere di controllo nei confronti di comportamenti che gli Stati assumono in esecuzione di obblighi imposti dalla loro appartenenza all'UE (o comunque ad una organizzazione internazionale), a condizione che, in questo ordinamento, sia prevista una tutela “almeno equivalente” a quella prevista dalle norme CEDU.

È noto come la teoria della protezione equivalente, che nell'ambito della giurisprudenza della Corte ha trovato una compiuta elaborazione soprattutto con riguardo ai rapporti tra obblighi derivanti agli Stati dalla partecipazione alle Nazioni Unite e tutela dei diritti fondamentali¹⁸, ha nella sentenza della Corte del 30 giugno 2005 nel caso *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret c. Irlanda*¹⁹ il suo *leading case*. Oggetto della sentenza è la presunta responsabilità dell'Irlanda per violazione del diritto di proprietà (garantito dall'art. 1, Protocollo n. 1 CEDU) in seguito all'adozione di una misura di sequestro, prevista da un regolamento comunitario²⁰, ema-

¹⁵ G. CAGGIANO, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2010, p. 7; A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani: il ruolo della Corte di Strasburgo nella protezione dello straniero da misure di allontanamento verso Paesi “a rischio”*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 145; E. BROUWER, *Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 135.

¹⁶ La letteratura in argomento è molto ampia e non è possibile darne conto esaustivamente. Solo a titolo esemplificativo cfr. B. CONFORTI, *Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in S. BREITENMOSER e al. (eds.), *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit. Liber Amicorum Luzius Wilhaber*, Baden-Baden, 2007, p. 173; nonché A. CIAMPI, *L'Unione europea e le respect des droits de l'homme*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 85; M. MARCHEGANI, *Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 446.

¹⁷ Il riferimento è alla posizione assunta dalla Corte costituzionale tedesca nella celebre saga *Solange*, su cui esiste una vastissima letteratura di cui non è possibile dare conto.

¹⁸ Solo a titolo esemplificativo L. MAGI, *Gli obblighi incompatibili derivanti dalla CEDU e dalla Carta delle Nazioni Unite, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: riflessioni critico-ricostruttive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 51; M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, marzo 2015, p. 1; M. MARCHEGANI, *op. cit.*, p. 464 e la bibliografia ivi citata.

¹⁹ Per un esame dei fatti che hanno portato alla sentenza, per una disamina delle varie fasi procedurali riguardanti l'esaurimento delle vie di ricorso interne e per un commento della sentenza cfr., fra gli altri, E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 762; A.M. ROMITO, *Il caso Bosphorus ed il principio di protezione equivalente dei diritti fondamentali tra CEDU e diritto comunitario*, in *Sud in Europa*, settembre 2005.

²⁰ Regolamento (CEE) 990/93 del Consiglio del 26 aprile 1993, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro).

nato, peraltro, per dare esecuzione a una risoluzione del Consiglio di sicurezza²¹. Dopo aver operato una distinzione tra gli atti degli Stati esclusivamente esecutivi di obblighi internazionali derivanti dall'appartenenza all'UE (o ad altre organizzazioni internazionali) e quelli invece sui quali gli Stati hanno un potere discrezionale, la Corte ha chiarito, rispetto alla sua precedente giurisprudenza²², il principio della protezione equivalente. In tal senso, la Corte afferma: "une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention. Par 'équivalente', la Cour entend 'comparable': toute exigence de protection 'identique' de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivie"²³. In altri termini, secondo la Corte EDU, l'effettività della tutela dei diritti fondamentali degli individui, come prevista dall'ordinamento UE e dalla Convenzione, deve essere valutata in termini di comparabilità e non di identità. Solo nel caso in cui viene accertato che l'UE (o qualsiasi altra organizzazione) assicuri una protezione comparabile, l'operato dello Stato membro sarà giudicato conforme alla CEDU, in quanto esso non fa altro che dare attuazione ai suoi obblighi sovranazionali²⁴. Conseguentemente, secondo il ragionamento della Corte EDU, se è accertato che la protezione dei diritti dell'individuo prevista dall'UE (o da un'altra organizzazione internazionale) è equivalente a quella prevista dalla CEDU, lo Stato non può essere considerato responsabile nel caso in cui leda uno dei diritti fondamentali in essa consacrati, per dare esecuzione ad un obbligo che gli deriva dalla sua partecipazione all'organizzazione internazionale²⁵.

Le affermazioni della Corte nella sentenza *Bosphorus* ci sembrano rilevanti, non solo per la specificazione del termine "equivalente", ma anche perché ne pre-

²¹ Risoluzione 820 (1993), che prevedeva il sequestro di tutti gli aeromobili la cui proprietà fosse detenuta da una persona o da un'impresa stabilita nella repubblica federale di Jugoslavia o in essa operante.

²² Paragrafi 145-165 della sentenza. Il precedente più significativo a tale proposito è la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 9 febbraio 1990 nel caso *M&Co c. Germania*. Su tale decisione v. G. GAJA, *Gli atti comunitari dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 388.

²³ Par. 155 della sentenza. Per una analisi della dottrina della protezione equivalente cfr., fra gli altri, E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 764; A.M. ROMITO, *op. cit.*; L. CAPPUCCIO, *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europea nel caso Bosphorus*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 149; V. COSTANTINESCU, *C'est comme si c'était fait? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme "Grande Chambre", Bosphorus Airlines, du 30 juin 2005)*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 363; C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 87; T. LOCK, *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*, *ivi*, 2010, p. 529; M. VENTRONE, *op. cit.*

²⁴ Sul ruolo della CEDU nel diritto UE, cfr. G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 677 ss.

²⁵ In dottrina si è parlato di "immunità condizionale", che, comunque è soggetta ad una doppia fase di controllo. Nella prima la Corte effettua una valutazione dell'ordinamento terzo, tenendo conto delle garanzie complessivamente offerte. Nella seconda la valutazione riguarda le misure concrete adottate per accertare che, nel caso specifico, la protezione dei diritti umani non sia carente.

vedono la relatività – aspetto che non ha trovato molto riscontro negli innumerevoli commenti della sentenza –, creando uno stretto legame tra l’evoluzione della società statale e la necessaria tutela dei diritti umani. Infatti, quando la Corte afferma “toute-fois, un constat de ‘protection équivalente’ de ce type ne saurait être définitif: il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux”, pone le basi per quello che sarà lo sviluppo della sua giurisprudenza in questa materia.

Importanti segnali di evoluzione nell’applicazione del principio della protezione equivalente da parte della Corte, infatti, si hanno con la sentenza resa dalla Grande Camera nel caso *Avotiņš c. Lettonia* del 2016²⁶. Non è questa la sede per esaminare in dettaglio la sentenza citata, che nulla ha a che fare con l’applicazione delle norme UE in materia di immigrazione: il riferimento ad essa è importante in quanto la Corte definisce e precisa ulteriormente i limiti del principio della protezione equivalente, come “legame” tra ordinamenti diversi²⁷. La sentenza, infatti, offre l’occasione per riflettere sull’efficacia della presunzione di equivalenza della tutela dei diritti fondamentali assicurata dal diritto UE rispetto a quella garantita dalla Convenzione quale risultante dalla sentenza *Bosphorus*.

Il problema è particolarmente importante per la natura delle norme su cui la Corte si deve pronunciare, poiché riguardano settori del diritto UE che hanno come fondamento il principio del mutuo riconoscimento tra Stati membri. La Corte, nell’applicare al caso di specie il principio della protezione equivalente, ha cercato, in linea generale, di operare un bilanciamento tra tale principio e la effettiva tutela dei diritti individuali, richiamando la nozione di “manifesta carenza” nella protezione dei diritti individuali. Solo nel caso in cui si verifichi questa ipotesi (manifesta carenza) la rilevanza della cooperazione internazionale, di cui la protezione equivalente costituisce una componente importante, cede all’applicazione della CEDU come “strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo”. In altre parole, l’osservanza del principio del mutuo riconoscimento si impone finché ciò non si traduce in un livello di protezione dei diritti garantiti dalla CEDU chiaramente insufficiente. Pertanto, laddove venga eccepita dinanzi ai giudici degli Stati membri una “seria

²⁶ Sentenza 23 maggio 2016. La questione ha consentito, per la prima volta, alla Corte di valutare l’osservanza dell’art. 6, par. 1, CEDU nell’ambito del mutuo riconoscimento delle decisioni (civili) straniere nello spazio giudiziario europeo, così come disciplinato dal diritto UE, in particolare dal regolamento (CE) 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni nella materia civile e commerciale (c.d. “Bruxelles I”), sostituito dal regolamento (UE) 1215/2012 (c.d. “Bruxelles I-bis”). Per un esame della sentenza, cfr. fra gli altri G. BIAGIONI, *Avotiņš c. Latvia, The Uneasy Balance between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, in *European papers*, 2016, p. 579; O. FERACI, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande camera della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, 15 luglio 2016, in *SIDIBlog*, reperibile online; S. O. JOHANSEN, *The Bosphorus Presumption is still Alive and Kicking: the Case of Avotiņš v. Latvia*, in *Jus*, 24 maggio 2016, reperibile online; V. NARDONE, *La Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia: la grande camera risponde al parere negativo della Corte di giustizia dell’Unione europea sull’adesione dell’Unione europea alla Cedu*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 630 ss., reperibile online.

²⁷ P. PALCHETTI, *Sulla responsabilità di uno Stato per il voto espresso in seno ad una organizzazione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 352, definisce il principio di protezione equivalente “tecnica specifica di collegamento applicabile esclusivamente ai rapporti tra sistema convenzionale e organizzazioni internazionali”.

e fondata” lesione di un diritto garantito dalla CEDU, che non possa essere sanata attraverso il diritto UE, tali giudici non possono astenersi dall'accertare tale violazione sulla base del solo motivo che essi sono chiamati ad applicare tale diritto.

Il compito di accertare l'esistenza o meno di una insufficienza sistemica nella protezione dei diritti umani spetta innanzitutto all'autorità giudiziaria nazionale e tale competenza non può essere esercitata limitatamente a “exceptional cases”. Secondo la Corte EDU “limiting to exceptional cases the power of the State in which recognition is sought to review the observance of fundamental rights by the States of origin of the judgment could, in practice, run counter to the requirement imposed by the Convention”²⁸. Ciò comporta, secondo il suo giudizio, un approfondito esame sulle procedure seguite e sulla condotta tenuta dagli Stati in esecuzione di atti dell'Unione²⁹.

La sentenza *Avotiņš* è la prima reazione della Corte EDU al parere 2/13, reso dalla Corte di giustizia UE sul progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU³⁰. Come è noto, una delle motivazioni del parere negativo si basa sulla considerazione che, in caso di adesione, non sarebbero preservate le caratteristiche peculiari dell'Unione, soprattutto in relazione al mancato rilievo del principio della fiducia reciproca e del ruolo che questo potrebbe assumere riguardo la tutela dei diritti fondamentali³¹. In virtù di tale principio, gli Stati sono tenuti a presumere il rispetto di tali diritti da parte degli altri Stati membri, sicché non solo non possono esigere l'applicazione di uno *standard* più elevato di protezione, ma soprattutto devono astenersi dal verificare che un altro Stato li rispetti³². A questo proposito, la Corte censura “l'approccio adottato nell'ambito dell'accordo previsto, consistente nell'equiparare l'Unione ad uno Stato e nel riservare ad essa un ruolo del tutto identico a quello di qualsiasi altra Parte contraente”. Tale approccio, infatti, secondo la Corte, “contravviene (...) alla natura intrinseca dell'Unione e, in particolare, omette di considerare il fatto che gli Stati membri, in virtù della loro appartenenza all'Unione, hanno accettato che i loro reciproci rapporti, relativamente alle materie costituenti l'oggetto del trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione stessa, fossero disciplinati dal diritto di quest'ultima, con esclusione, se così prescritto da tale diritto, di qualsiasi altro diritto”³³. Secondo la Corte, infatti, l'equiparazione dell'UE ad uno Stato e la possibilità di un ricorso interstatale ai sensi della CEDU nel caso

²⁸ Sentenza *Avotiņš*, par. 114.

²⁹ *Ibidem*: “[t]he Court in the State addressed at least be empowered to conduct a review commensurate with gravity of any serious allegation of a violation of fundamental rights in the State of origin, in order to ensure what the protection of those rights is manifestly deficient”.

³⁰ Il parere 2/13 è stato ampiamente analizzato dalla dottrina, e non è possibile darne conto esaustivamente. Fra gli altri cfr. S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice*, in *UK Constitutional Law Association*, 24 dicembre 2014, reperibile *online*; J. P. JACQUÉ, *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, 23 dicembre 2014, reperibile *online*; L.S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra le Corti?*, in *SIDIBlog*, 22 dicembre 2014, reperibile *online*; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 33.

³¹ Parere 2/13, punto 190.

³² *Ivi*, punto 192.

³³ *Ivi*, punti 193-194.

di esecuzione dei suoi atti eliminerebbe la fiducia reciproca tra gli Stati membri e sarebbe, dunque, incompatibile con il sistema dell'Unione.

Applicando il parere della Corte al regolamento di Dublino, ciò avrebbe come conseguenza che i trasferimenti di individui tra Stati membri UE non dovrebbero essere soggetti ai medesimi parametri di valutazione dei trasferimenti che avvengono verso Paesi extra-europei: come è stato sottolineato, “le argomentazioni della Corte sono volte a sottolineare l'esigenza che i rapporti tra gli Stati membri siano considerati diversi rispetto agli ordinari rapporti internazionali tra Stati”³⁴.

Senza entrare nel merito del parere, è chiaro che l'affermazione della Corte di giustizia su questo aspetto non può essere condivisibile. Non è certamente possibile che tra gli Stati UE, contemporaneamente parti contraenti della Convenzione, possa valere una deroga che permetta ad essi una tutela “minore” dei diritti garantiti dalla CEDU, semplicemente per la natura *sui generis* dell'Unione. Giova ricordare, inoltre, che la Corte, interpretando il termine “giurisdizione” contenuto nell'art. 1 CEDU, ne ha più volte affermato, fra l'altro, l'applicazione extraterritoriale: sarebbe quanto meno anomalo che permettesse un livello dello *standard* di tutela più basso nell'ambito territoriale degli stessi Stati contraenti.

4. Quasi come reazione al parere della Corte di Lussemburgo sul progetto di adesione, e dopo la più restrittiva formulazione del principio della protezione equivalente nella sentenza *Avotiņš*, la giurisprudenza della Corte EDU sulla compatibilità del sistema di Dublino con gli obblighi degli Stati derivanti dalla loro partecipazione alla Convenzione europea ha messo sempre più in evidenza le carenze del sistema comune di asilo, fino a dimostrarne l'impossibilità pratica di funzionamento. Il principio della presunzione di sicurezza di tutti gli Stati membri è stato sempre più spesso abbandonato anche nei casi di trasferimenti intra-comunitari, negando l'applicazione della protezione equivalente, e quindi mettendo in discussione quel principio della fiducia reciproca, definito dalla Corte di giustizia “ragione d'essere dell'Unione e della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, più in particolare, del sistema europeo comune di asilo”³⁵. I principi cardine del sistema di Dublino, che devono permettere di individuare rapidamente lo Stato membro competente a conoscere la domanda di asilo, vengono vanificati dalla Corte EDU che valorizza sempre più frequentemente la c.d. clausola di sovranità, contenuta nell'art. 3, co. 2, regolamento 604/2013, secondo cui: “[q]ualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro

³⁴ 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. 11.

³⁵ Così si legge nella sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-411/10, *N.S.*, punto 83. Per un commento cfr. G. MORGESE, *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.

Stato membro possa essere designato come competente”³⁶. In altri termini, la clausola di sovranità permette agli Stati di affermare la propria competenza in deroga alle norme del regolamento 604/2013, assicurando la conformità degli atti statali agli obblighi della CEDU, in caso di “malfunzionamento” del sistema di Dublino³⁷.

5. Il *revirement* della Corte EDU che, di fatto, mette definitivamente in discussione il principio della fiducia reciproca, abolendo il carattere automatico dei trasferimenti, e soprattutto estendendo la discrezionalità degli Stati circa l'esame delle domande di asilo, si è avuto con la sentenza *Tarakhel c. Svizzera* del 2014. Punto centrale della sentenza è quello in cui la Corte stabilisce che il trasferimento di un nucleo familiare con minori, verso l'Italia, disposto dalle autorità svizzere ai sensi del regolamento di Dublino, avrebbe potuto determinare la violazione dell'art. 3 CEDU in assenza di garanzie da parte delle autorità italiane riguardo l'accoglienza idonea dei minori e la coesione del nucleo familiare. Non ci soffermeremo su questa sentenza che è stata ampiamente analizzata dalla dottrina, ma nelle pagine seguenti si darà conto della evoluzione della giurisprudenza della Corte, che sempre più ha sanzionato una applicazione letterale delle norme UE in materia di allontanamento degli stranieri. Infatti, come è stato osservato, la sentenza *Tarakhel* ha dato un “altro colpo di grazia” al sistema di Dublino³⁸ che la giurisprudenza della Corte EDU negli anni successivi ha definitivamente “cancellato”, privilegiando la protezione e la tutela dei diritti degli individui.

Non è certo possibile esaminare in modo esaustivo la giurisprudenza della Corte EDU che ha affrontato il problema della responsabilità statale per violazioni collegate all'esecuzione di obblighi derivanti dal diritto UE in materia di immigrazione, ma nelle pagine seguenti saranno esaminate le sentenze che riteniamo più rilevanti degli anni 2016-2018, in cui i principi stabiliti nella sentenza *Tarakhel* hanno trovato una più ampia ed estensiva applicazione. Si tratta quasi sempre di casi riguardanti l'espulsione, sia individuale che collettiva, di individui in applicazione dei principi stabiliti nel regolamento di Dublino III.

Leading case in tale materia è la sentenza del 23 marzo 2016 con cui la Grande Camera nel caso *F. G. c. Svezia*, ribaltando la precedente sentenza della sez. V della Corte del 16 gennaio 2014, ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU in caso di espulsione del ricorrente verso il Paese di origine. Il ricorrente, cittadino iraniano, ha presentato domanda di asilo all'arrivo in Svezia nel 2009, giustificandola con la propria attività politica poiché aveva collaborato con gli oppositori del governo iraniano creando e diffondendo pagine web. In questa sua prima richiesta all'Ufficio svedese delle migrazioni (*Migrationsverket*), F. G. non fa riferimento alla sua conversione al cristianesimo avvenuta dopo l'arrivo in Svezia, considerandola un

³⁶ Tale disposizione non era presente nel precedente regolamento 343/2003, c.d. Dublino II.

³⁷ In questo senso M. MARCHEGANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2014, p. 165; C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 6.

³⁸ S. PEERS, *Tarakhel v. Switzerland: Another Nail in the Coffin of the Dublin System?*, 5 novembre 2014, in *Euanalysis*, reperibile *online*. L'orientamento espresso dalla Corte nella sentenza *Tarakhel* era stato in parte anticipato nella sentenza del 21 gennaio 2011, *M. S. S. c. Belgio e Grecia*.

fatto privato, non significativo per la concessione dell'asilo³⁹. Il 29 aprile 2010 le autorità svedesi rigettano la domanda di asilo, considerando l'attività politica del ricorrente di basso profilo, ed evidenziando che egli non è stato ulteriormente ricercato dal governo iraniano dal 2009, né la sua famiglia rimasta in Iran ha subito ritorsioni. Avverso questa prima decisione F. G. presenta ricorso al Tribunale svedese delle migrazioni (Migrationsdomstolen) facendo riferimento – questa volta – sia alla sua attività politica che alla sua conversione alla religione cristiana. Anche questa richiesta è rigettata, in quanto le autorità svedesi sostengono che la conversione al cristianesimo non è una circostanza nuova tale da giustificare un riesame del caso. Avendo adito tutti i gradi di giudizio ed avendo sempre ottenuto dalle autorità svedesi un rifiuto al riesame della sua domanda di asilo, che ha reso di fatto il provvedimento di espulsione definitivo nel 2015, F. G. adisce la Corte europea, che, come già detto, in primo grado sostiene che l'esecuzione della decisione di espulsione del richiedente non avrebbe comportato la violazione dell'art. 2, né dell'art. 3 CEDU. Tuttavia, la V sez. della Corte, incaricata di esaminare il caso, applicando l'art. 39 del suo regolamento, concede al ricorrente la sospensione dell'ordine di espulsione quale *interim measure*, prima del completamento della procedura davanti la Corte⁴⁰, ritenendo che egli potesse essere esposto a danni gravi ed irreversibili.

In virtù dell'art. 43 CEDU, F. G. ha fatto ricorso alla Grande Camera che, il 2 giugno 2014 ne ha accertato la fondatezza, in quanto, pur ribadendo che gli Stati contraenti hanno il diritto, senza pregiudizio per gli obblighi loro derivanti dai trattati stipulati, di controllare l'entrata, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri, ha sottolineato che essa non può astenersi dall'esaminare la situazione dei Paesi di destinazione per evitare che si possano verificare violazioni dell'art. 3 CEDU⁴¹. Perché si possa configurare una violazione di tale disposizione, la condizione in cui può venire a trovarsi l'individuo deve raggiungere un livello

³⁹ Il ricorrente, nel suo primo interrogatorio davanti i funzionari dell'ufficio svedese delle migrazioni dichiara: “[n]on, ce n'est pas quelque chose que je souhaite invoquer. C'est quelque chose de privé”; il suo avvocato ha chiarito che “[tenait] à souligner qu'il a[vait] changé de religion par conviction personnelle et non pour augmenter ses chances d'obtenir un permis de séjour”.

⁴⁰ L'art. 39 del regolamento della Corte stabilisce: “1. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. 2. Le cas échéant, le Comité des Ministres est immédiatement informé des mesures adoptées dans une affaire. 3. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent inviter les parties à leur fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires indiquées”.

⁴¹ Si legge al par. 112 della sentenza: “[p]our établir s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé court ce risque réel, la Cour ne peut éviter d'examiner la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 (Mamatkoulov et Askarov c. Turquie [GC], nos 46827/99 et 46951/99, §67, CEDH 2005I). Au regard de ces exigences, pour tomber sous le coup de l'article 3, le mauvais traitement auquel le requérant affirme qu'il serait exposé en cas de renvoi doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative; elle dépend de l'ensemble des données de la cause (Hilal c. Royaume-Uni, no 45276/99, §60, CEDH 2001III)”.

minimo di gravità derivante da un insieme di elementi, quali l'età, il sesso, le opinioni politiche e religiose, la cui valutazione deve avvenire cumulativamente⁴².

La sentenza della Corte si pone in discontinuità con la giurisprudenza precedente per diversi motivi. Innanzitutto, non viene accettata la proposta del governo svedese di cancellare il caso dal ruolo perché il decreto di espulsione non è stato eseguito e perché ci sarebbe stato un riesame della domanda di asilo. Sulla base di queste argomentazioni, per il governo svedese, dunque, il richiedente non può essere considerato vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU, e la sua richiesta deve essere dichiarata incompatibile *ratione personae* con le disposizioni convenzionali, ai sensi dell'art. 35, par. 3.

La Corte, invece, con un'interpretazione estremamente ampia della nozione di "vittima" contenuta nell'art. 34 CEDU, sostiene che "à l'heure actuelle, toutefois, le requérant est dans une situation incertaine. Il n'a obtenu ni asile ni permis de séjour en Suède et, pendant une nouvelle procédure d'asile, il resterait inmanquablement dans le flou concernant les points soulevés au titre des articles 2 et 3 de la Convention dans le cadre de la présente requête. Dans ces conditions, la Cour n'est pas convaincue que le requérant ait totalement perdu sa qualité de victime"⁴³. In altri termini, l'incertezza circa il suo futuro, essendo ancora pendente la domanda di asilo, non permette di escludere la qualifica di vittima del ricorrente⁴⁴. Ma il ragionamento della Corte è ancora più ampio, in quanto essa afferma che il caso pone delle importanti questioni che vanno al di là della situazione particolare, riguardando in generale gli obblighi degli Stati nella procedura di asilo. Per tali motivi, in applicazione dell'art. 37, par. 1, *in fine* della Convenzione, essa ritiene che vi siano delle circostanze *speciali* riguardo il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli che richiedono il proseguimento dell'esame del ricorso. Nel merito del ricorso in esame, per quanto riguarda l'attività politica del ricorrente, all'unanimità, la Corte ritiene che non ci sarebbe stata violazione degli articoli 2 e 3 CEDU, in caso di espulsione verso l'Iran.

Circa la conversione religiosa, invece, la Corte ribadisce che l'onere di provare il rischio a cui è sottoposto in caso di espulsione spetta in primo luogo al ricorrente, anche se è necessario accordare ai richiedenti asilo il beneficio del dubbio riguardo la credibilità delle loro dichiarazioni ed i documenti presentati⁴⁵. Tuttavia, avuto riguardo al carattere assoluto dei diritti garantiti dagli articoli 2 e 3 CEDU, in presenza di un rischio conosciuto e di carattere generale (come quello riguardante gruppi religiosi regolarmente discriminati), le autorità statali devono verificare d'ufficio se il rischio è presente anche nel caso concreto. A tale obbligo non hanno assolto le autorità svedesi: nel primo procedimento hanno esaminato la questione della religione superficialmente, con la motivazione che il ricorrente non avrebbe formalmente richiesto asilo su questa base. Successivamente non hanno riesaminato il caso, benché egli avanzasse la seconda richiesta proprio in virtù della conversione. Anche alla luce delle nuove evidenze

⁴² In questo senso v. Corte EDU sentenza del 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*.

⁴³ Par. 80 della sentenza.

⁴⁴ Critiche su questo punto della sentenza sono mosse da M. DE SALVIA, *Arrêt F. G. c. Suede du 23 mars 2016 (Grande Chambre)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 417, reperibile online.

⁴⁵ In questo senso la sentenza della Corte EDU dell'11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, e quella del 9 marzo 2010, *R. C. c. Svezia*.

probatorie presentate durante il procedimento europeo, la Corte stabilisce che il ricorrente ha compiutamente dimostrato che la sua domanda di asilo, in seguito alla sua conversione, deve essere riesaminata. A tale proposito, essa conclude che ci sarebbe una violazione dell'art. 3 CEDU se il ricorrente fosse rinvio in Iran, in quanto le autorità svedesi non hanno esaminato *ex nunc* le conseguenze della sua conversione.

Come sottolineato dall'opinione concordante del giudice Bianku, di rilevante interesse è la valutazione *ex nunc* che la Corte effettua dei fatti: dovrebbe essere chiaro alle autorità nazionali, nel caso di specie quelle svedesi, che esse hanno l'obbligo di valutare d'ufficio tutti gli elementi di cui dispongono prima di pronunciarsi sull'espulsione verso un determinato Paese del ricorrente⁴⁶.

Nell'arco di pochi mesi la Corte (Grande Camera) si è dovuta pronunciare su un altro ricorso contro la Svezia in caso di respingimento verso il Paese di origine dei ricorrenti. Si tratta della sentenza *J. K. e a. c. Svezia* del 23 agosto 2016, in cui la Grande Camera ha ancora una volta ribaltato il giudizio della V sez. della Corte, riconoscendo la violazione dell'art. 3 CEDU in caso di respingimento verso il Paese di origine. Così come nel caso *F. G.*, innanzitutto, la Corte stabilisce che i fatti da prendere in considerazione devono essere esaminati *ex nunc*, cioè nel momento in cui il caso viene discusso, ma la rilevanza di questa sentenza è determinata dal fatto che la Corte prende in considerazione il comportamento di attori non statali.

Il caso riguarda tre cittadini iracheni che, avendo avuto rifiutato l'asilo in Svezia, sono oggetto di una decisione di espulsione verso l'Iraq. La Corte ha ammesso che la situazione generale in materia di sicurezza in questo Paese non impedisce, di per sé, l'allontanamento dei ricorrenti; tuttavia la situazione personale di questi ultimi, secondo informazioni provenienti da fonti attendibili e dai rapporti di accreditati organismi internazionali, fa ritenere che essi in quello Stato sarebbero esposti a un rischio proveniente da attori non statali, in particolare da parte di Al Qaeda. Infatti, nel contesto del degrado generale della sicurezza, contraddistinto da un aumento della violenza interconfessionale nonché dagli attentati e dall'avanzata dello Stato

⁴⁶ Gli obblighi procedurali che incombono agli Stati di esaminare d'ufficio tutti gli elementi a loro disposizione, anche se non espressamente richiamati dal ricorrente, è ulteriormente sottolineata nell'opinione comune separata dei giudici Ziemele, De Gaetano, Pinto de Albuquerque e Wojtyczek quando dichiarano: “[à] nos yeux, les autorités et juridictions nationales avaient l’obligation d’apprécier, d’office, le besoin de protection internationale du requérant à la lumière de l’ensemble des circonstances dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Les autorités nationales n’avaient pas la faculté d’omettre l’examen, sous l’angle de l’article 3, d’un risque connu et découlant de motifs religieux, pour la seule raison que le demandeur d’asile ne l’évoquait pas activement dans la procédure nationale ou ne saisissait pas pleinement les conséquences liées à son choix de ne pas l’invoquer formellement à l’appui de sa demande d’asile. Au lieu de cela, les autorités nationales ont préféré examiner la situation du requérant comme s’il avait renoncé à toute invocation du risque découlant de sa conversion religieuse”. Inoltre, come gli stessi giudici mettono in evidenza: “[I]a conversion du requérant au christianisme constitue une infraction pénale passible de la peine de mort en Iran. Outre la persécution sociale à laquelle il est exposé en tant que chrétien, le requérant risque des poursuites pénales pour crime d’apostasie]. Bien que l’État iranien n’ait jamais codifié ce crime, il autorise l’application de certaines lois islamiques alors même que le crime n’est pas spécifiquement mentionné dans le code pénal. Dès lors que l’apostasie n’est pas expressément prohibée par le code pénal iranien et qu’il existe de nombreuses interprétations différentes du droit islamique sur cette question, les juges ont le pouvoir discrétionnaire de statuer dans les affaires d’apostasie en se basant sur leur propre compréhension de la loi islamique, qu’ils peuvent imposer en invoquant l’article 167 de la Constitution iranienne”.

islamico, ampie zone del territorio sfuggono al controllo effettivo del Governo iracheno. Considerata la complessa e instabile situazione generale in materia di sicurezza, la Corte ha stabilito che la capacità delle autorità irachene di proteggere la popolazione è molto limitata, forse adeguata a garantire la sicurezza della popolazione in generale, ma non certamente tale da proteggere le persone particolarmente a rischio⁴⁷. In tali condizioni ambientali il rinvio di J. K. e della sua famiglia verso l'Iraq li esporrebbe effettivamente ad un reale pericolo di persecuzione: e ciò in quanto gli stessi, in ragione dei rapporti commerciali che J. K. intratteneva con basi militari americane, sarebbero stati con estrema probabilità oggetto di attacchi da parte di Al Qaeda, che già aveva compiuto in passato numerosi attentati nei loro confronti, durante i quali la famiglia aveva perso una figlia e la casa di abitazione. Gli effetti cumulativi della situazione personale dei ricorrenti e la capacità ridotta delle autorità irachene di proteggerle comportano un rischio reale di maltrattamenti in caso di rinvio verso l'Iraq e quindi di violazione dell'art. 3 CEDU, il cui carattere assoluto non può essere inficiato né da comportamenti pubblici né privati.

Nella valutazione del "rischio" di trattamenti vietati che il ricorrente può subire, in caso di espulsione, da segnalare, ancora, la sentenza della Grande Camera del 13 dicembre 2016 nel caso *Paposhvili c. Belgio*, in cui la Corte ha assunto un atteggiamento più garantista che in passato rispetto ai diritti dei singoli. In questa sentenza essa ha specificato l'ambito di applicazione degli articoli 2, 3 e 8 CEDU in un caso concernente la emissione di un ordine di rimpatrio verso la Georgia, secondo la direttiva qualifiche, nei confronti di un soggetto residente in Belgio, gravemente malato, *anche se non in* immediato pericolo di vita. In breve i fatti.

Il signor Paposhvili, cittadino georgiano residente in Belgio, ha tentato più volte inutilmente di regolarizzare la sua posizione, a causa dei suoi precedenti penali. Mentre si trova detenuto in un carcere belga ed è in attesa dell'emissione di un ordine di rimpatrio, gli è diagnosticata una grave forma di leucemia e quindi inizia ad essere sottoposto a una serie di trattamenti altamente specializzati. A causa del suo deteriorato stato di salute, come previsto dallo "Aliens Act – 15 December 1980" ripropone per altre due volte una richiesta di regolarizzazione "*on medical grounds*". Le domande sono nuovamente respinte, nonostante si metta in evidenza che, se rimpatriato in Georgia, non avrebbe potuto ricevere un trattamento altrettanto effettivo e sostanziale, rischiando quindi la morte entro pochi mesi. Esaurite le vie di ricorso interne, il signor Paposhvili presenta un primo ricorso alla Corte EDU, che, comunque, ha esito negativo. Ottenuta la possibilità di riesame da parte della Grande Camera, in attesa del giudizio di ultima istanza, il ricorrente muore.

⁴⁷ Par. 121 della sentenza: "[à] la lumière des informations ci-dessus, notamment sur la situation générale complexe et instable en matière de sécurité, la Cour estime qu'il y a lieu de considérer que la capacité des autorités irakiennes à protéger les citoyens est amoindrie. Si le niveau actuel de protection est peut-être suffisant pour la population générale de l'Irak, il en va autrement pour les personnes qui, à l'instar des requérants, font partie d'un groupe pris pour cible. Dès lors, compte tenu des circonstances propres à la cause des requérants, la Cour n'est pas convaincue que, dans la situation actuelle, l'État irakien serait à même de fournir aux intéressés une protection effective contre les menaces émanant d'Al-Qaïda ou d'autres groupes privés. Les effets cumulatifs de la situation personnelle des requérants et de la capacité amoindrie des autorités irakiennes à les protéger doivent donc être considérés comme engendrant un risque réel de mauvais traitements dans l'éventualité de leur renvoi en Irak".

Il primo aspetto rilevante di questa sentenza riguarda la decisione della Corte di continuare l'esame del caso, malgrado la morte del ricorrente. Pur richiamando la sua precedente giurisprudenza secondo cui i parenti del defunto possono continuare la causa solo se hanno un interesse legittimo da tutelare, essa ritiene che, nel caso specifico, "qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le point de savoir si la famille a un intérêt légitime à cet effet". Come sottolineato dalla Corte (par. 130), infatti, le sue sentenze sono dirette non solamente a risolvere il caso che le è sottoposto, ma, in modo più ampio, a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione ed a contribuire al loro rispetto da parte degli Stati aderenti. In questo senso la Corte precisa che "[s]i le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention". Secondo la Corte, l'impatto del caso del sig. Paposhvili va ben oltre la sua situazione personale, riguardando tutti i casi di espulsione di persone gravemente ammalate e quindi le permette di chiarire se l'espulsione verso un Paese in cui non è possibile ricevere le cure adeguate, con un concreto rischio di morte, possa essere equiparata ad un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte è chiamata a pronunciarsi anche sulla presunta violazione dell'art. 8 CEDU, oltre ad una richiesta di danno patrimoniale, non patrimoniale e rimborso delle spese legali.

Nella sua sentenza la Corte, pur riconfermando il potere degli Stati di decidere sulla espulsione di soggetti che risiedono in maniera illegale sul proprio territorio, sottolinea l'obbligatorietà delle convenzioni internazionali cui gli Stati hanno aderito, tra cui la CEDU, che, anche se non in maniera diretta, prevedono che, in alcuni casi, le condizioni di salute della persona sottoposta a misure di espatrio ne impediscono la esecuzione. Nella sua giurisprudenza, fin dalla sentenza del 27 maggio 2008 nel caso *N. c. Regno Unito*, in cui si è esclusa la violazione dell'art. 3 nel caso di espulsione di una cittadina ugandese malata di Aids, la Corte ha sempre stabilito che solo in presenza di circostanze eccezionali che si concretizzano nell'ipotesi di imminente pericolo di vita del ricorrente, si può ipotizzare un'ipotesi di trattamenti inumani e degradanti. Nel caso di specie, invece, tali circostanze eccezionali sembrano mancare, poiché la malattia del ricorrente, in seguito ai trattamenti sanitari, si è stabilizzata ed egli non è in imminente pericolo di vita. La Grande Camera, nella sentenza in esame, quindi, opera un cambiamento rispetto alla sua precedente giurisprudenza, sostenendo che "il faut entendre par 'autres cas très exceptionnels' pouvant soulever, au sens de l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* (§ 43), un problème au regard de l'article 3 les cas d'éloignement d'une personne gravement malade dans lesquels il y a des motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie". In altri termini la Corte supera il limite delle "circostanze eccezionali" per riconoscere una violazione dell'art. 3 CEDU in caso di allontanamento di uno straniero affetto da grave malattia, anche se non in imminente pericolo di vita. Inoltre,

se spetta al ricorrente dimostrare le conseguenze cui andrebbe incontro in caso di espulsione, la Corte sottolinea che è obbligo delle autorità statali verificare caso per caso se le cure mediche offerte dallo Stato ricevente siano adeguate in quanto “se trouve en jeu ici l'obligation négative de ne pas exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés par l'article 3”⁴⁸.

Sulla base di queste osservazioni la Grande Camera, capovolgendo anche in questo caso la sentenza della V sez., ha deciso che, qualora il ricorrente fosse stato espulso senza una adeguata valutazione da parte delle autorità belghe della situazione del Paese ricevente, ci sarebbe stata non solo una violazione dell'art. 3, ma anche una violazione dell'art. 8 per mancato rispetto della sua vita familiare.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo verso una sempre maggiore tutela dei diritti individuali dei richiedenti protezione internazionale, soprattutto in casi di espulsione, è confermata dalla sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. La causa in esame ha ad oggetto la violazione degli articoli 5, 3 e 13 CEDU da parte del governo ungherese per aver trattenuto per 23 giorni due cittadini bengalesi in una zona di transito e poi averli espulsi verso la Serbia, che era stata inserita nella lista dei Paesi terzi sicuri dalla nuova legge ungherese sull'asilo. I due richiedenti asilo sono arrivati in Ungheria nel settembre 2015 lungo la rotta balcanica, ed hanno immediatamente presentato domanda d'asilo. Ma per 23 giorni sono rimasti rinchiusi nel campo di confine di Röszke e da lì direttamente espulsi verso la Serbia, senza che le loro richieste d'asilo fossero prese in seria considerazione, né che venissero valutate le condizioni che avrebbero trovato in questo Paese. Adita la Corte, preliminarmente, essa deve stabilire se le condizioni nella zona di transito di Röszke integrino una violazione dell'art. 3 CEDU. A tale proposito la Corte richiama i principi generali in materia di trattamento dei migranti in stato di detenzione, codificati nella sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifa e a. c. Italia*⁴⁹, e che possono essere sintetizzati nella necessità, transitorietà e legalità del provvedimento. Passando all'esame del caso di specie, la Corte fa riferimento ad un rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, in cui le condizioni di vita nella zona di transito di Röszke vengono definite accettabili ma solo se limitate nel tempo. Per quanto riguarda i due ricorrenti, affetti da disturbo da *stress* post-traumatico, la Corte non ritiene che fossero in una condizione di maggiore vulnerabilità rispetto a qualsiasi altro richiedente asilo presente nella zona e che comunque una misura di restrizione della libertà personale non sempre implica un trattamento inumano. Per questi motivi, anche tenendo conto della limitatezza temporale del confinamento, la Corte non ritiene che ci sia stata violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte ravvisa, invece, una violazione di tale norma nell'espulsione dei

⁴⁸ Par. 188 della sentenza.

⁴⁹ La Grande Camera, con la pronuncia del 15 dicembre 2016, aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 5, che tutela la libertà personale, e dell'art. 13, che assicura il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, modificando quindi la sentenza della Camera del 1° settembre 2015 in cui la condanna includeva anche la violazione dell'art. 3 e del Protocollo n. 4 che vieta le espulsioni collettive. È da dire che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, nella sua risoluzione del 15 marzo 2018, ha rilevato che l'Italia, pur avendo corrisposto gli indennizzi dovuti alle vittime delle violazioni, non ha adottato le misure generali richieste. Entro giugno l'Italia deve comunicargli il quadro normativo che regola le operazioni di prima assistenza, la durata media di permanenza delle persone situate nei centri di prima accoglienza e le prassi relative all'identificazione e alla libertà di movimento delle persone identificate.

richiedenti verso la Serbia, in quanto ciò li espone ad un rischio di *refoulement a catena*, in particolare verso la Grecia e la FYROM (dal 17 giugno 2018 Repubblica della Macedonia del Nord), dove il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti è certamente molto alto. Pur spettando al ricorrente l'onore della prova di poter subire trattamenti inumani, quando tale rischio è noto e accertabile sulla base di fonti attendibili, come ha affermato ripetutamente la Corte, gli Stati hanno l'obbligo di avviare tutte le procedure necessarie per una valutazione oggettiva della situazione nel Paese ricevente.

Nel caso di specie, pur se i ricorrenti non sono riusciti a dimostrare il rischio reale di un *refoulement a catena* nel caso di espulsione verso la Serbia, l'Ungheria non ha effettuato alcuna valutazione del caso, rifiutandosi di esaminare le richieste degli avvocati dei ricorrenti, e basandosi *esclusivamente* sull'inserimento di questo Stato nella lista "dei Paesi sicuri". A tale proposito la Corte nota che tra il gennaio 2013 ed il luglio 2015, la Serbia non è presente in questa lista, coerentemente con i rapporti di alcune organizzazioni internazionali che denunciavano le carenze del sistema di asilo di questo Paese⁵⁰. Solo con il decreto governativo n. 191/2015 l'Ungheria cambia la sua valutazione, senza fornire alcuna giustificazione di questa modifica, né alcun riscontro che ci sia stato un effettivo miglioramento delle garanzie previste per richiedenti asilo in Serbia.

Per quanto riguarda la questione se il confinamento dei ricorrenti nella zona di transito costituisca una privazione di libertà sprovvista di base legale, quindi sia in contrasto con l'art. 5, par. 1, CEDU, le conclusioni della Corte sono di analogo tenore. Infatti, da un punto di vista generale, la Corte sottolinea che il trattenimento di stranieri in una zona internazionale – quale è la zona di transito ungherese – rappresenta una forma di restrizione della libertà personale non del tutto compatibile con quella dei centri di detenzione. Nel caso di specie, poi, la Corte rileva che i ricorrenti sono stati costretti per più di tre settimane nella zona di transito, non accessibile dall'esterno, nemmeno dai loro avvocati, e che, nel caso in cui i ricorrenti avessero abbandonato il territorio ungherese, ciò avrebbe comportato una rinuncia definitiva alla loro domanda di asilo. Ancora, perché una detenzione sia legittima, questa deve essere prevista dalla legge, nozione che include non solo le norme nazionali, ma anche quelle derivanti dagli obblighi internazionali e dall'appartenenza all'UE, in particolare dall'art. 8 della direttiva 2013/32/UE (direttiva procedure)⁵¹: invece

⁵⁰ Un rapporto dell'UNHCR del 2012 invitava gli Stati a non espellere i richiedenti asilo verso la Serbia, dove le carenze del sistema di asilo ponevano il rischio reale di trasferimenti verso la FYROM, il cui sistema di asilo, ancora in un rapporto dell'UNHCR del 2015, veniva giudicato estremamente carente. Negli stessi rapporti si sottolineava che le condizioni dei richiedenti asilo e la procedura di esame dell'istanza di protezione in Grecia risultavano in violazione dell'art. 3 CEDU.

⁵¹ Secondo l'art. 8 della direttiva procedure, rubricato "Informazione e consulenza nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera": "1. Qualora vi siano indicazioni che cittadini di paesi terzi o apolidi tenuti in centri di trattenimento o presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito alle frontiere esterne, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, gli Stati membri forniscono loro informazioni sulla possibilità di farlo. In tali centri di trattenimento e ai valichi di frontiera gli Stati membri garantiscono servizi di interpretazione nella misura necessaria per agevolare l'accesso alla procedura di asilo. 2. Gli Stati membri garantiscono che le organizzazioni e le persone che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti abbiano effettivo accesso ai richiedenti presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito, alle frontiere esterne. Gli Stati membri possono adottare norme relative alla presenza di tali organizzazioni e persone nei suddetti valichi e, in particolare, subordinare

la detenzione dei ricorrenti non ha avuto riscontro in alcuna decisione formale e motivata delle autorità.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte conclude che il confinamento dei ricorrenti comporta una violazione *de facto* della loro libertà *ex* articoli 5 e 13 CEDU. Contro la sentenza, il Governo ungherese ha proposto ricorso alla Grande Camera che lo ha esaminato nella sua udienza del 18 aprile 2018.

6. Di fronte alla sempre crescente giurisprudenza della Corte EDU che, come abbiamo cercato di dimostrare, ha “sconfessato” il sistema Dublino, è necessario chiedersi come reagisce la Corte di giustizia UE che, in base alla nuova formulazione dell'art. 267 TFUE, ha ampliato le sue competenze in materia di rinvio pregiudiziale e che sempre più spesso è stata chiamata ad interpretare le norme di diritto europeo, primario e derivato, riguardanti i richiedenti protezione internazionale.

Negli anni 2017 e 2018, alcune sentenze della Corte UE aventi ad oggetto il sistema di Dublino si segnalano per la loro importanza e per gli sviluppi che ne potranno derivare in quanto hanno messo in evidenza come il principio di mutua fiducia in materia di immigrazione non sia illimitato, ma piuttosto subisca delle restrizioni dovute all'obbligo degli Stati membri di rispettare i diritti fondamentali degli individui. Tuttavia, malgrado alcuni innegabili sviluppi, la posizione della Corte di Lussemburgo ci sembra ancora oggi “ondivaga” e comunque per certi versi reticente ad assumere una posizione chiara a difesa dei diritti della persona rispetto agli interessi statali.

Seguendo un criterio semplicemente cronologico, viene in considerazione la sentenza del 16 febbraio 2017 nel caso *C. K. e a. c. Slovenia* (causa C-578/16 PPU), avente ad oggetto il rinvio pregiudiziale riguardante l'interpretazione dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 17, par. 1, regolamento 604/2013 (c.d. regolamento Dublino III) e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali⁵². La sentenza trae origine da una controversia che vede contrapposti la signora C. K., cittadina siriana, il signor H. F., cittadino egiziano, nonché il loro figlio neonato A. S., e la Slovenia, a seguito della decisione di quest'ultima di non trattare le domande di asilo dei coniugi e del bambino e di trasferirli in Croazia, Stato membro competente, in forza dell'art. 12, par. 2, regolamento Dublino III, per l'esame della richiesta di asilo e che ha riconosciuto la propria competenza. Tuttavia, a causa dell'avanzato stato di gravidanza della richiedente, solo alcuni mesi dopo la nascita del bambino le autorità slovene hanno disposto il trasferimento. In seguito ad un primo ricorso presentato, il Tribunale amministrativo della Slovenia ha annullato questa decisione e ha richiesto un nuovo esame della questione al fine di conoscere il trattamento che la Croazia era in grado di fornire ai richiedenti asilo. Avendo ottenuto positive informazioni sulle condizioni di cui avrebbero beneficiato i richiedenti asilo, il Ministero degli

l'accesso a un accordo con le autorità competenti degli Stati membri. I limiti su tale accesso possono essere imposti solo qualora, a norma del diritto nazionale, essi siano obiettivamente necessari per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa dei valichi interessati, purché l'accesso non risulti in tal modo seriamente ristretto o non sia reso impossibile”.

⁵² R. LA ROSA, *La Corte di giustizia si pronuncia, nel contesto del “regolamento Dublino III”, sul trasferimento di un richiedente asilo in uno stato membro in cui sono assenti carenze sistemiche nel sistema di asilo. necessità di considerare lo stato di salute del richiedente prima di procedere al trasferimento*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 316, reperibile online.

interni ha deciso per il trasferimento. Avverso tale decisione la famiglia ha proposto un secondo ricorso chiedendo, altresì, la sospensione provvisoria dell'esecuzione della decisione di trasferimento sino all'adozione di una decisione giurisdizionale definitiva nel merito. A supporto della loro richiesta, i richiedenti presentano alcuni certificati medici che comprovano il cattivo stato di salute della signora C. K., dovuto principalmente all'incertezza sulla sua situazione e allo stress che ne deriva, incidendo con conseguenze gravi anche sul benessere del neonato.

La Corte di Lussemburgo, adita dal Vrhovno sodišče (Corte suprema della Slovenia), innanzitutto ribadisce che le norme del regolamento Dublino III, come tutte le altre norme di diritto derivato, devono essere interpretate ed applicate tenendo in dovuta considerazione i diritti fondamentali garantiti dalla Carta e, tra questi, l'art. 4 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), di cui viene riconosciuto il carattere assoluto. La novità della pronuncia in esame è dovuta al fatto che la Corte, pur riconoscendo che nella sua precedente giurisprudenza ed in particolare nella sentenza del 21 dicembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for Home Department*, si era espressa nel senso che solo in caso di carenze sistemiche nel sistema di asilo dello Stato membro competente si corre il rischio di violare l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, supera tale posizione. Infatti, la Corte giustamente non accoglie l'opinione dell'Avvocato generale Tanchev, che nelle sue conclusioni afferma che "la Corte non è affatto tenuta a seguire la posizione della Corte EDU in sede di applicazione della Carta" (punto 53) e sottolinea come, anche per quanto riguarda le modalità dei trasferimenti, il regolamento in parola è dettagliato, richiedendo precise garanzie nell'intento di evitare che lo stesso possa comportare un rischio reale per l'interessato di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte sostiene, ancora, che sarebbe incompatibile con il carattere assoluto del divieto derivante dall'art. 4 della Carta consentire agli Stati membri di ignorare i rischi concreti di trattamenti inumani o degradanti solo perché questi non derivano da carenze sistemiche nelle condizioni di asilo dello Stato membro competente. Quindi lo Stato che deve effettuare il trasferimento deve accertarsi, non solo dell'inesistenza di carenze sistemiche, ma anche far precedere il trasferimento da precise precauzioni ed ottenere informazioni che possano assicurare che l'individuo ottenga adeguata protezione. In altri termini, nella sentenza in esame il limite oggettivo al principio di mutua fiducia, dovuto all'esistenza di carenze sistemiche dello Stato, viene ulteriormente rafforzato e diviene funzionale a soddisfare esigenze di ordine soggettivo legate alla protezione di ogni richiedente asilo. Se la sentenza in esame sembra profilare un avvicinamento delle posizioni della Corte di Lussemburgo a quelle della Corte di Strasburgo, una preoccupante battuta di arresto nella tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo si è avuta invece con la sentenza *X e X c. Belgio* del 7 marzo 2017 (causa C-368/16 PPU), determinata dal rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 25, par. 1, lett. a), regolamento (CE) 810/2009 che contiene il c.d. codice dei visti, e degli articoli 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali. In breve i fatti all'origine della sentenza. La richiesta di visti per motivi umanitari era stata presentata da una famiglia di cittadini siriani: una coppia sposata con tre bambini in tenera età, tutti ancora residenti nella città di Aleppo. La famiglia è riuscita a recarsi in Libano e a presentare all'ambasciata belga a Beirut una domanda di

visto di breve durata (massimo novanta giorni) per ragioni umanitarie, fondando la propria richiesta sull'art. 25 del codice dei visti. Le autorità belghe hanno negato il visto, ritenendo che la concessione avrebbe comportato un indiretto riconoscimento del c.d. asilo diplomatico, istituto non presente in ambito europeo, non ricavabile dalla prassi degli Stati europei ed espressamente escluso anche dalla c.d. direttiva procedure. La famiglia siriana contesta la decisione del rifiuto dinanzi al Conseil du contentieux des étrangers, sostenendo che la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU prevedono un obbligo positivo per gli Stati membri di garantire il diritto di asilo: in questo senso la concessione di una protezione internazionale sarebbe l'unico mezzo per evitare il rischio di violazione del divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Nella sua richiesta di rinvio pregiudiziale, il Conseil des étrangers fa notare che il codice dei visti prevede specificamente che sia rilasciato un visto quando uno Stato membro lo "ritiene" necessario in virtù di obblighi internazionali e, nello stesso tempo, si interroga sull'ampiezza del margine discrezionale lasciato agli Stati membri a tale riguardo. La Corte nella sua sentenza non risponde a nessuno di tali quesiti e, disattendendo del tutto le indicazioni contenute nelle conclusioni dell'Avvocato generale Paolo Mengozzi, basate principalmente sulla tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei valori fondanti dell'UE, si limita ad una interpretazione restrittiva delle norme richiamate.

La Corte rileva innanzitutto che il codice dei visti si basa su una disposizione CE, secondo cui il Consiglio adotta misure relative ai visti per i soggiorni previsti di durata massima di tre mesi. Di conseguenza, esso fissa le procedure e le condizioni per il rilascio dei visti per il transito o per soggiorni previsti sul territorio degli Stati membri per una durata massima di 90 giorni su un periodo di 180 giorni. Invece, la famiglia siriana ha presentato domanda di visto per motivi umanitari con l'intenzione di chiedere asilo in Belgio e quindi un permesso di soggiorno non limitato a 90 giorni. Da ciò deriva che, sebbene tali domande siano state formalmente presentate sulla base del codice dei visti, esse non rientrano nel suo ambito di applicazione. La Corte, inoltre, precisa che, ad oggi, il legislatore UE non ha adottato alcun atto relativo al rilascio, da parte degli Stati membri, di visti o di titoli di soggiorno di lunga durata a cittadini di Paesi terzi per motivi umanitari. Di conseguenza, le domande della famiglia siriana rientrano nell'ambito di applicazione unicamente del diritto nazionale. Pertanto, dato che la situazione in discussione non è disciplinata dal diritto UE, le disposizioni della Carta non sono applicabili.

La Corte, inoltre, sottolinea che la volontà della famiglia siriana ha un oggetto differente da quello di ottenere un visto di breve durata, e preclude alla presentazione di una domanda di asilo. Secondo la Corte, consentire a cittadini di Paesi terzi di presentare domande di visto finalizzate ad ottenere il beneficio di una protezione internazionale nello Stato membro di loro scelta lederebbe l'impianto generale del sistema istituito dall'Unione per determinare lo Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. Sulla base di tali considerazioni, la Corte conclude che una domanda di visto con validità territoriale limitata presentata da un cittadino di un Paese terzo per motivi umanitari, presso la rappresentanza dello Stato membro di destinazione situata nel territorio di un Paese terzo, con l'intenzione di presentare, al momento dell'arrivo in tale Stato membro, una

domanda di protezione internazionale e di soggiornare quindi in detto Stato membro più di 90 giorni su un periodo di 180 giorni, non rientra nell'ambito di applicazione del codice, bensì, allo stato attuale del diritto dell'Unione, unicamente in quello del diritto nazionale.

L'atteggiamento "ondivago" della Corte di cui parlavamo in precedenza trova conferma, in una sentenza del 24 aprile 2018⁵³, in cui la Corte, sembra andare oltre il quesito che le è stato posto, per... evitare di decidere. La domanda di pronuncia pregiudiziale, oggetto della sentenza, verte sull'interpretazione dell'art. 2, lett. e), e dell'art. 15, lett. b), direttiva 2004/83/CE del Consiglio, 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.

In questo caso, M. P., cittadino dello Sri Lanka, è giunto nel Regno Unito nel gennaio del 2005 come studente. Nel 2009 presenta domanda di asilo, nella quale dichiara di essere stato membro dell'organizzazione delle "Tigri per la liberazione della patria Tamil" (LTTE), di essere stato arrestato e torturato dalle forze di sicurezza dello Sri Lanka e di rischiare di subire nuovamente maltrattamenti in caso di ritorno in questo Stato. Le autorità del Regno Unito respingono la domanda di asilo di M. P. e decidono altresì di non concedergli la protezione sussidiaria in quanto non esiste la dimostrazione che egli sarebbe stato nuovamente minacciato in caso di ritorno nel suo Paese di origine⁵⁴. La richiesta di M. P. è respinta anche dall'*Upper Tribunal* (Tribunale superiore del Regno Unito), malgrado la presentazione di prove mediche sui postumi delle torture che egli aveva subito in Sri Lanka, ma nella sua sentenza il giudice mette in rilievo che un rinvio del richiedente nel suo Paese di origine avrebbe violato la CEDU, richiamando proprio la giurisprudenza esaminata nelle pagine precedenti, poiché M. P. non avrebbe potuto beneficiare di cure adeguate.

La Supreme Court of the United Kingdom (Corte suprema del Regno Unito), adita in appello, ex art. 267 TFUE, chiede alla Corte di giustizia se un cittadino extra-UE, che presenta i postumi di torture inflitte nel suo Paese di origine ma che non rischia più di subire tali trattamenti in caso di ritorno, possa beneficiare della protezione sussidiaria in quanto le sue patologie psicologiche non potrebbero essere adeguatamente trattate dal sistema sanitario di tale Paese. Nella sua sentenza la Corte ribadisce che, in via di principio, secondo il diritto UE, perché un individuo possa godere della protezione sussidiaria, il rischio di subire un danno grave in caso di ritorno nel proprio Paese deve essere effettivo e reale. Nel caso in esame, sebbene

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 2016, causa C-253/16, *M. P. c. Secretary of State for Home Department*.

⁵⁴ La direttiva 2004/83/CE stabilisce le norme minime riguardanti la "protezione sussidiaria" al fine di completare la protezione internazionale sancita dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati. La protezione sussidiaria è riconosciuta a tutti coloro che non beneficiano dello *status* di rifugiato ma che sono esposti nel loro Paese di origine a una minaccia grave come la condanna a morte, la tortura, le pene e i trattamenti inumani o degradanti. I beneficiari della protezione sussidiaria ricevono un permesso di soggiorno di durata limitata. Per quanto riguarda i cittadini extra-UE che non beneficiano della protezione sussidiaria, uno Stato membro può autorizzarli a soggiornare nel suo territorio su base discrezionale per motivi caritatevoli o umanitari, fermo restando che tali cittadini non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

non ci sia più il rischio di atti di tortura nei suoi confronti, il soggetto soffre di gravi problemi psicologici che, ritornando nel suo Paese di origine, potrebbero portarlo al suicidio. La Corte sottolinea, altresì, che l'art. 15, lett. b), direttiva 2004/83, deve essere interpretato e applicato nel rispetto dei diritti garantiti dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, che esprime uno dei valori fondamentali dell'Unione e dei suoi Stati membri e ha un carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'art. 1 della Carta⁵⁵. Conformemente alla giurisprudenza recente della Corte EDU, la Corte di giustizia considera che la Carta deve essere interpretata nel senso che l'allontanamento di un cittadino extra-UE che presenti un disturbo mentale o fisico particolarmente grave costituisce un trattamento inumano e degradante, qualora tale allontanamento comporti il rischio reale e effettivo di un deterioramento significativo e irrimediabile delle sue condizioni di salute. Di conseguenza, secondo la Corte di Lussemburgo, la Carta osta a che uno Stato membro espella un cittadino extra-UE qualora tale espulsione comporti, in sostanza, un aggravamento, in modo significativo e irrimediabile, del disturbo mentale di cui soffre, in particolare laddove, come nel caso di specie, tale deterioramento metta in pericolo la sua stessa sopravvivenza.

Il ragionamento della Corte, però, prosegue, distinguendo il problema dell'allontanamento del cittadino extra-UE dall'obbligo dello Stato di concedergli la protezione sussidiaria per i rischi cui andrebbe incontro nel suo Paese di origine. Infatti, la Corte sottolinea che “deriva dalla domanda di pronuncia pregiudiziale che i giudici nazionali hanno dichiarato che l'articolo 3 della CEDU ostava a che MP fosse rinvitato dal Regno Unito verso lo Sri Lanka. La presente causa riguarda pertanto non la tutela contro l'allontanamento, derivante, in forza dell'articolo 3 della CEDU, dal divieto di esporre una persona a trattamenti inumani o degradanti, ma la distinta questione relativa se lo Stato membro ospitante sia tenuto a riconoscere lo status di protezione sussidiaria ai sensi della direttiva 2004/83 al cittadino di un paese terzo che sia stato torturato dalle autorità del paese d'origine e i cui postumi gravi a livello psicologico potrebbero accentuarsi in modo sostanziale, con il serio rischio che commetta suicidio, in caso di ritorno in tale paese”⁵⁶. A tale proposito, la Corte ricorda che il fatto che la CEDU impedisca che un cittadino extra-UE, in casi eccezionali nei quali sussista un rischio di subire un danno grave dovuto all'assenza di cure adeguate nel Paese di origine, possa essere rimpatriato, non implica che egli debba essere autorizzato a soggiornare in uno Stato membro a titolo di protezione sussidiaria. Ancora, la Corte continua affermando che, anche se le attuali condizioni di salute del soggetto sono un elemento rilevante, un aggravamento sostanziale non può essere considerato, di per sé, un trattamento inumano o degradante contrario alle disposizioni sia della CEDU che della Carta.

Sulla base di queste considerazioni la Corte conclude che “l'articolo 2, lettera e), e l'articolo 15, lettera b), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, 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, letti alla luce dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono

⁵⁵ Punti 36 e 37 della sentenza.

⁵⁶ Punto 45 della sentenza.

essere interpretati nel senso che è ammissibile allo status di protezione sussidiaria il cittadino di un paese terzo torturato in passato dalle autorità del suo paese di origine e non più esposto a un rischio di tortura in caso di ritorno in detto paese, ma le cui condizioni di salute fisica e mentale potrebbero, in un tale caso, deteriorarsi gravemente, con il rischio che il cittadino di cui trattasi commetta suicidio, in ragione di un trauma derivante dagli atti di tortura subiti, se sussiste un rischio effettivo di privazione intenzionale in detto paese delle cure adeguate al trattamento delle conseguenze fisiche o mentali di tali atti di tortura, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”. In altri termini sarà la Corte suprema britannica che dovrà verificare, alla luce di tutti gli elementi d’informazione pertinenti se M. P., nel caso di rimpatrio nel proprio Paese di origine, sarà privato delle cure mediche necessarie, tanto da potersi concretizzare l’ipotesi di trattamenti inumani e degradanti.

La sentenza in esame suscita non poche perplessità. Innanzitutto, non sembra che sia stata data una risposta adeguata alla questione posta dalla Suprema corte britannica che, secondo noi, avendo autonomamente riconosciuto una violazione dei diritti del soggetto, voleva conoscere se doveva o non doveva concedere la protezione sussidiaria. Con la sua sentenza, la Corte non fa altro che rimettere nelle mani del giudice interno la decisione. E questo ci sembra un altro elemento di criticità: se spetta al giudice interno verificare la situazione dello Stato ricevente, quale garanzia può essere accordata all’individuo? Questo interrogativo ci sembra ancora più rilevante se teniamo presente che il giudice interno, avendo esaminato le prove a sua disposizione, e riconoscendo che in caso di allontanamento verso il Paese di origine ci sarebbe stata una violazione della CEDU... non ha concesso la protezione sussidiaria! L’unica affermazione che riteniamo di fare è che il caso del signor M. P. sarà portato presto all’attenzione della Corte di Strasburgo, che non potrebbe fare altro che constatare la violazione dell’art. 3 CEDU da parte del Regno Unito, come fra l’altro gli stessi giudici inglesi hanno messo in evidenza, e quindi pronunciarsi a favore della concessione della protezione sussidiaria.

7. La giurisprudenza italiana riguardante l’applicazione delle norme del “sistema di Dublino” risente degli orientamenti registrati a livello europeo e di cui si è cercato di dar conto nelle pagine precedenti. Anche in questo ambito ci sembra che non possa registrarsi un atteggiamento uniforme, ma piuttosto, come nel caso della Corte di giustizia UE, si riscontra un *modus operandi* che non riesce a trovare il giusto bilanciamento tra protezione dei diritti dei singoli ed interessi nazionali.

Una posizione nettamente favorevole alla protezione dei diritti individuali si riscontra nella sentenza della Corte di cassazione, I sez. civ., n. 28152/2017, depositata il 24 novembre 2017, con la quale la Suprema corte, ribaltando la decisione della Corte di appello di Bologna, ha deciso nel merito, riconoscendo la protezione internazionale ad una donna nigeriana che, rimasta vedova, si era rifiutata di sposare il cognato, come le era imposto dalle consuetudini locali. Mentre sia le commissioni territoriali che la Corte di appello di Bologna le avevano negato il riconoscimento della protezione sussidiaria, la Cassazione le ha riconosciuto lo *status* di rifugiato perché sussiste “il fondato timore di persecuzione personale e diretta nel Paese di origine del richiedente”, in quanto appartenente a un gruppo sociale determinato in quanto donna. Nella sentenza la Corte di cassazione richiama, *inter alia* la

Convenzione di Istanbul sulla prevenzione ed il contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica, adottata l'11 maggio 2011, che all'art. 60 stabilisce che gli atti di violenza contro le donne e la violenza domestica sono "riconducibili all'ambito dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale"⁵⁷.

Un orientamento ancora di più incline alla protezione dei diritti individuali si ritrova nella sentenza della Corte di cassazione, I sez. pen., n. 49242, depositata il 26 ottobre 2017, con la quale la suprema Corte ha dato rilievo primario al diritto internazionale ed ha chiarito che in base alle fonti sovranazionali non si può procedere all'espulsione di un individuo, nel caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti, pur in presenza di un accertamento della pericolosità sociale della persona. La vicenda riguardava un cittadino nigeriano condannato a 6 anni di carcere per reati legati allo spaccio di stupefacenti, al quale era stato respinto dal Tribunale di sorveglianza di Venezia il ricorso avverso il provvedimento di espulsione. Con questa sentenza si è quindi disapplicato l'art. 20 del d.lgs. n. 251/2007 con il quale era stata attuata la direttiva 2004/83, che sembra ammettere la legittimità del respingimento per motivi di sicurezza anche nei casi in cui vi sia il serio rischio che le persone destinatarie del provvedimento siano sottoposte a trattamenti inumani e degradanti.

La posizione della Cassazione diviene più restrittiva, invece, in due più recenti provvedimenti. Con ordinanza n. 7592/18, depositata il 28 marzo 2018, la VI sez. civ. ha respinto il ricorso di un cittadino pachistano che aveva impugnato la decisione della Corte di appello di Brescia di rifiutare la sua domanda di riconoscimento di protezione internazionale. L'uomo, di religione sunnita, sosteneva che, a causa del suo matrimonio con una donna sciita, era stato denunciato dalla famiglia della donna per sequestro di persona e che suo fratello era stato ucciso per errore, in quanto gli assomigliava. La Cassazione ha respinto il ricorso in quanto il racconto è stato vago e poco documentato e fondato principalmente su ragioni economiche.

Ancora, la Corte di cassazione, I sez. civ., con ordinanza n. 12978/18, depositata il 24 maggio 2018, ha respinto il ricorso di un cittadino senegalese che aveva impugnato la sentenza della Corte di appello di Bologna di rigetto dell'istanza di protezione umanitaria. Secondo la Corte, infatti, la situazione di minaccia descritta dal richiedente era generica, in quanto la protezione umanitaria concessa a un cittadino straniero, adeguatamente integrato in Italia, va concessa sulla base di una valutazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, per verificare "se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo inalienabile costitutivo dello statuto della dignità personale, in correlazione con la situazione d'integrazione rag-

⁵⁷ La Convenzione è entrata in vigore il 1° agosto 2014 e l'Italia l'ha resa esecutiva con la l. n. 77 del 27 giugno 2013. Secondo l'art. 60: "1. Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che la violenza contro le donne basata sul genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1, A (2) della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e come una forma di grave pregiudizio che dia luogo a una protezione complementare/sussidiaria. 2 Le Parti si accertano che un'interpretazione sensibile al genere sia applicata a ciascuno dei motivi della Convenzione, e che nei casi in cui sia stabilito che il timore di persecuzione è basato su uno o più di tali motivi, sia concesso ai richiedenti asilo lo status di rifugiato, in funzione degli strumenti pertinenti applicabili. 3 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per sviluppare procedure di accoglienza sensibili al genere e servizi di supporto per i richiedenti asilo, nonché linee guida basate sul genere e procedure di asilo sensibili alle questioni di genere, compreso in materia di concessione dello status di rifugiato e di richiesta di protezione internazionale".

giunta nel Paese di accoglienza”. Non essendo stata riscontrata questa situazione di vulnerabilità, il ricorso è stato respinto.

8. Il confronto fra la recente giurisprudenza delle due Corti europee sottolinea in modo deciso la loro differenza di approccio anche in materia di immigrazione: l’una con il compito fondamentale di proteggere i diritti umani, l’altra di salvaguardare principalmente gli obiettivi dell’Unione e difendere le prerogative statali. Questo differente approccio ha importanti implicazioni anche a livello interno. Il sistema di Dublino ha dimostrato la inadeguatezza e la necessità di una sua revisione che ponga al centro la tutela dell’individuo, anche sulla base della solidarietà prevista dal Trattato di Lisbona, è diventata improcrastinabile.

Non si possono concludere queste brevi riflessioni senza notare che la Commissione ha presentato, nel maggio 2016, una proposta di modifica e che il 20 ottobre 2017 la Commissione libertà civili del Parlamento europeo ha dato il primo via libera alla modifica del regolamento Dublino III. La più importante novità è l’abolizione del principio del Paese di primo ingresso e l’introduzione di un sistema automatico e permanente di ricollocamenti in tutti i Paesi UE secondo un sistema di quote. Naturalmente questo è solo il primo passo, in quanto l’adozione definitiva spetterà ai governi in sede di Consiglio: si può solo auspicare che la nuova formulazione possa favorire il superamento degli attuali limiti di una disciplina sempre più difficile da applicare e comunque più attenta a non “ingerirsi” negli ordinamenti statali che a una reale ed effettiva protezione dei diritti individuali.

Abstract

The Evolution of European Court of Human Rights on Immigration and the Position of the Court of Justice of the European Union

The article examines the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights on immigration, highlighting how it is increasingly based on the “sovereignty clause” rather than on equivalent protection, and in fact determining the non- application of the system of Dublin III. On the other hand, the Court of Justice of the European Union, after an initial opening towards greater protection of human rights, has reached a position that is increasingly favourable to the interests of member States.

Michele Vellano*

Le strategie macroregionali dell'Unione europea: profili giuridici

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dell'approccio dell'Unione europea rispetto allo sviluppo del territorio. – 2. Le strategie già in essere e quelle programmate. – 3. Il tema dell'effettività delle norme adottate nel quadro delle strategie macroregionali. – 4. Tra *multilevel* e *multidimensional governance* e *rescaling approach*, una nuova via all'orizzonte per l'integrazione europea?

1. La natura e l'intensità del ruolo dell'Unione europea in materia di sviluppo del territorio sono considerevolmente cresciute nel corso di un arco temporale di ormai oltre quaranta anni¹. L'azione dell'Unione europea è progressivamente passata da una mera politica di coesione economica e sociale, costituita quasi esclusivamente dal finanziamento di progetti da realizzare sul campo, a una vera e propria politica regionale territoriale, perseguita attraverso un dialogo che ha coinvolto poco alla volta anche gli enti territoriali regionali e locali e non solo gli Stati membri. Il crescente ruolo dell'Unione europea è misurabile anche alla luce del progressivo

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università della Valle d'Aosta.

¹ L'azione dell'Unione europea, dopo un avvio sprovvisto di un fondamento giuridico chiaro e di una dotazione finanziaria adeguata, si è sviluppata progressivamente, scandita in periodi temporalmente definiti e strettamente collegati alla programmazione di bilancio. Se l'avvio di una politica di investimento sullo sviluppo territoriale è convenzionalmente fatta coincidere con l'adozione del regolamento n. 724/1975 del 18 marzo 1975, che ha istituito il Fondo europeo di sviluppo regionale (Fesr), è solo con le modifiche e integrazioni apportate (a fare data dal 1° luglio 1987) dall'Atto unico europeo ai Trattati istitutivi che viene disciplinata e attuata una vera politica comunitaria di coesione economica e sociale, nata per controbilanciare gli effetti della realizzazione del mercato interno sulle economie degli Stati membri meno sviluppati e per ridurre il divario tra le diverse regioni. Dopo di allora si sono susseguite cinque "generazioni" di fondi strutturali, quelle del 1989-1993, 1994-2000, 2001-2006, 2007-2013, fino a quella in corso (2014-2020). Sulle vicende storiche e di avvio dei fondi strutturali si rinvia a N. STAERK, *The European Structural Funds – Their History and Impact*, Aldershot, 1996, e a R. SAPIENZA (a cura di), *Politica comunitaria di coesione economica e sociale e programmazione economica regionale*, Milano, 2003, p. 3 ss. La bibliografia scientifica sulla politica di coesione economica sociale e territoriale europea è ormai troppo vasta per essere qui richiamata individualmente. Sia consentito fare rinvio in proposito ai commenti sul titolo XVIII – Coesione economica, sociale e territoriale, articoli 174-178 TFUE, di O. PORCHIA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., pp. 1572-1597, e di G. SERRANÒ, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di) *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., pp. 1070-1089, e all'apparato bibliografico contenuto nel nostro volume *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, 2014, e nel contributo di S. MONTALDO, *La politica di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione europea*, in S. DOUMBÉ-BILLÉ, A. ODDENINO (a cura di), *Le rôle des régions dans la coopération internationale transfrontalière: l'expérience franco-italienne*, Napoli, 2016, pp. 47-65.

aumento percentuale delle risorse del suo bilancio messe al servizio di tale politica fino a oltre un terzo dello stesso².

Nell'ambito della politica regionale territoriale si è affermata e consolidata la cooperazione regionale transfrontaliera, ossia a beneficio di enti territoriali locali di Stati diversi. Tale forma di cooperazione ha goduto, specialmente all'inizio, di risorse finanziarie esigue se rapportate a quelle stanziare per l'insieme della politica di coesione economica e sociale³. Le risorse finanziarie sono state rese disponibili attraverso l'iniziativa denominata Interreg che ha conosciuto, in parallelo ai cicli di programmazione dei fondi strutturali, ben quattro successive edizioni fino a quella del 2007-2013. In particolare, nel corso della terza edizione dell'iniziativa (c.d. Interreg III), è stato realizzato l'ampliamento dell'ambito di potenziale impiego delle risorse economiche messe a disposizione degli interessati: oltre a finanziare progetti tradizionalmente transfrontalieri sono state destinate risorse a favore di interventi relativi a forme di cooperazione transnazionale e interregionale⁴. Per molti versi, come vedremo meglio più avanti, la cooperazione transnazionale ha anticipato le strategie macroregionali dell'Unione europea⁵. Il periodo 2007-2013 ha visto anche l'introduzione di un modello giuridico *ad hoc*, ideato e disciplinato, sulla base del diritto UE, con l'apposito scopo di semplificare e, al contempo, stabilizzare la cooperazione transfrontaliera tra enti pubblici territoriali. Tale modello ha assunto la denominazione di Gruppo europeo di cooperazione territoriale, noto attraverso l'acronimo GECT⁶.

Il GECT è stato concepito per consentire una cooperazione stabile tra enti territoriali (e non solo) di Stati diversi in vista principalmente (ma non solo) della realizzazione di progetti finanziati attraverso le risorse economiche messe a disposizione dall'Unione europea mediante i fondi strutturali. Dopo dieci anni dall'entrata in funzione dei primi GECT, il ricorso a questa opzione da parte degli enti territoriali europei non è particolarmente significativo. Sono attualmente censiti, negli appositi registri nazionali allo scopo istituiti, appena settanta GECT e l'andamento delle nuove registrazioni, sebbene costante, non pare, almeno al momento attuale,

² Nel periodo di programmazione 2014-2020 oltre 460 miliardi di euro sono stati stanziati, attraverso i fondi strutturali, per dare corso alla politica di coesione economica sociale e territoriale nell'Unione europea. A tale stanziamento si aggiungono le risorse messe a disposizione dagli Stati che, nel loro complesso, ammontano a oltre 185 miliardi di euro così come riportato in: cohesiondata.ec.europa.eu.

³ La percentuale assegnata a questo specifico obiettivo non ha mai superato il 5% nei successivi cicli di programmazione.

⁴ Si rinvia al testo della comunicazione della Commissione europea C(2000) n. 1101, del 28 aprile 2000, che stabilisce gli orientamenti dell'iniziativa comunitaria riguardante la cooperazione transeuropea volta a incentivare uno sviluppo armonioso ed equilibrato del territorio comunitario – Interreg III.

⁵ La cooperazione transfrontaliera è stata sempre riferita a determinate aree territoriali lungo i confini terrestri e marittimi, mentre quella interregionale è stata consentita con riferimento all'intero territorio dell'Unione europea. Quest'ultima scelta assume un carattere simbolico di particolare rilievo, perché consente la possibilità di porre in relazione autorità amministrative operanti in contesti totalmente differenti e persino slegate da un denominatore di comune appartenenza geografica o, comunque, di prossimità.

⁶ Il modello GECT, come era prevedibile, ha rapidamente attratto l'attenzione della dottrina che ha dedicato all'argomento numerosi contributi. Senza la pretesa di essere esaustivi, si fa riferimento, in particolare, alla monografia di S. CARREA, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso GECT*, Torino, 2017 e a quelli di G. ASARO, *Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT): quadro normativo e prassi applicativa a dieci anni dall'adozione del Regolamento (CE) n. 1082/2006*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2017, p. 87 ss., e A. MIGLIO, *Le Groupement européen de coopération territoriale: un modèle européen uniforme?*, in S. DOUMBÉ-BILLÉ, A. ODDENINO (a cura di), *op. cit.*, pp. 67-85.

particolarmente vivace⁷. Le modifiche da ultimo introdotte alla disciplina giuridica del GECT, in vista della programmazione 2014-2020, non hanno del resto sortito apprezzabili effetti incentivanti⁸.

L'ultima tappa, almeno per ora, nel percorso di crescita delle competenze dell'UE in materia di sviluppo del territorio è costituita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dallo svolgimento della programmazione nel periodo 2014-2020. Per un verso, è stato aggiunto l'aggettivo territoriale alla politica di coesione economica e sociale. È stato inoltre integrato l'art. 174 TFUE con un comma espressamente dedicato alle specifiche esigenze delle zone rurali e di quelle in transizione industriale, ma anche alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali e demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica, quelle insulari⁹, transfrontaliere e di montagna¹⁰. Per altro verso, le dotazioni finanziarie a favore della cooperazione transfrontaliera sono aumentate (sebbene non di molto) e, soprattutto, quest'ultima è definitivamente stata ricompresa nella politica di coesione nel suo complesso, con la denominazione di politica territoriale europea, e non tenuta separata attraverso un'apposita iniziativa *ad hoc* (come ai tempi di Interreg)¹¹.

Nell'ambito delle modifiche da ultimo introdotte, l'aspetto, almeno per quanto qui interessa, di maggiore rilievo, anche simbolico, è l'espresso riferimento, per la prima volta in una disposizione di diritto primario, alle regioni transfrontaliere. Tale menzione segna, a nostro giudizio, un punto di svolta perché costituisce il pieno riconoscimento in capo all'UE della funzione di promuovere uno sviluppo armonioso territoriale indipendentemente dall'esistenza di confini nazionali che attraversano determinate aree geografiche. La prima e fondamentale conseguenza di questo esplicito riconoscimento è quella di accrescere il ruolo degli enti territoriali per farne i protagonisti dello sviluppo del territorio in modo sinergico e sulla base delle rispettive esigenze e peculiarità anche appartenendo a Stati diversi.

Le strategie macroregionali si collocano nel solco appena descritto e meritano un'attenzione particolare per le significative implicazioni che comportano, anche dal punto di vista giuridico, a dieci anni dall'avvio della prima tra esse, quella dedicata alla macroregione del Mar Baltico.

Prima di dare conto, sia pur brevemente, del contenuto delle strategie già in essere (quelle per le macroregioni del Mar Baltico, del Danubio, del Mare Adriatico e Ionio e delle Alpi) e di quelle in fase di approvazione (per le macroregioni del

⁷ L'elenco aggiornato dei GECT, la cui costituzione è stata notificata al Comitato delle regioni dell'Unione europea ai sensi dell'art. 5 del regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, è consultabile sul sito istituzionale del Comitato delle regioni: portal.cor.europa.eu.

⁸ Le modifiche sono state introdotte tramite il regolamento (UE) n. 1302/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 17 dicembre 2013.

⁹ Su questo tema specifico v. M. C. CARTA, *Coesione territoriale e principio di insularità dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 599 ss.

¹⁰ Sulle zone di montagna, in generale, e quelle alpine, in particolare, v. M. VELLANO, *Le zone alpine e il diritto dell'Unione europea con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente*, in B. NASCIBENE, F. PICOD (a cura di), *L'Italie et le droit de l'Union européenne - L'Italia e il diritto dell'Unione europea*, Bruxelles, 2010, pp. 313-323.

¹¹ Nel frattempo si è consolidata una collaborazione, basata sugli stessi principi e meccanismi di funzionamento utilizzati con riferimenti ai territori interni, con *partners* di Stati candidati a entrare nell'Unione, attraverso lo strumento finanziario di Pre-adesione e di Stati limitrofi o, comunque, prossimi con lo strumento europeo di vicinato e *partnership*. Per quanto riguarda, in particolare, le conseguenze delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona rispetto al coinvolgimento delle regioni italiane, si rinvia a F. RASPADORI, *La partecipazione delle regioni italiane all'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2012.

Mare del Nord e dell'Arco atlantico), riteniamo utile affrontare alcuni aspetti comuni a tutte le strategie, a cominciare dai presupposti giuridici ed economici sulla base dei quali sono state ideate e vengono poste in essere.

L'interesse della dottrina rispetto a questo tema è appena agli inizi e molto più sviluppato al di fuori che dentro i confini dell'Italia forse anche perché solo recentemente sono state approvate strategie (quelle riferite alle Alpi e al Mare Adriatico e Ionio) che coinvolgono direttamente anche il territorio del nostro Paese¹².

La prima esigenza nell'affrontare le implicazioni giuridiche delle strategie macroregionali dell'Unione europea è quella di fornirne una definizione in cui l'accento cada tanto sul concetto di strategia quanto su quello geografico di macroregione. Alla stregua di quanto elaborato dalla DG Regio della Commissione europea, la "macro-regional strategy" è "an integrated framework endorsed by the European Council, which may be supported by the European Structural and Investment Funds among others, to address common challenges faced by a defined geographical area relating to Member States and third countries located in the same geographical area which thereby benefit from strengthened cooperation contributing to achievement of economic, social and territorial cohesion"¹³. Da questa definizione si traggono molteplici considerazioni che possono aiutare a cogliere in pieno la novità e rilevanza di tale approccio. L'innovazione più evidente è quella dell'identificazione di una ben precisa "geographical area" che costituisce, naturalmente, il presupposto della strategia e che, proprio per questo motivo, rileva in tanto in quanto sia riconducibile a una specificità territoriale (un mare, un fiume, una catena montuosa) che porta con sé esigenze significative e, soprattutto, comuni. In secondo luogo, assume particolare pregio l'impostazione strategica perseguita e fondata sulla preventiva selezione di priorità e obiettivi, eventualmente suddivisi e graduati in funzione di interessi specifici anche solo di una parte degli enti territoriali potenzialmente coinvolti.

Nel momento dell'avvio delle singole strategie, il primo e, per certi versi, più importante presupposto che si è affermato, sulla base di un unanime consenso in capo ai governi degli Stati membri, è stato quello di non volere creare nuove sovrastrutture istituzionali, di non adottare ulteriore specifica legislazione e di non destinare altri stanziamenti economici. Si tratta dei c.d. "three No's" che costituiscono, come vedremo, solo apparentemente un limite alle legittime ambizioni che accompagnano questa nuova esperienza nell'ambito della cornice istituzionale UE.

La scelta di non prevedere la costituzione di nuovi organi riferiti alle singole strategie nasce dalla consapevolezza che esse andrebbero ad aggiungersi a quelle già esistenti con riferimento ai territori interessati. La circostanza che tali territori abbiano caratteri di omogeneità, prossimità e uniformità ha, almeno per la più parte tra essi, comportato la costituzione, in passato, di strutture di coordinamento più o meno istituzionalizzate e stabili, che hanno competenza su tutto o, più spesso, su parte del territorio interessato dalla strategia. Ciò è particolarmente evidente con

¹² Il contributo più completo sull'argomento è, al momento, quello a cura di S. GÄNZLE, K. KERN (eds.), *A "Macro-Regional" Europe in the Making*, Basingstoke, 2016. Tra gli studi comparsi in Italia, v. P. GARGIULO, *Le strategie macroregionali dell'Unione europea: le specificità della strategia macroregionale adriatica ionica*, in F. MASTROBERTI, I. INGRAVALLO (a cura di), *Governo e diritti dello spazio marino adriatico-ionico: storia e prospettive di una frontiera dell'Occidente*, Napoli, 2018, p. 19 ss., e L. BERIONNI, *La strategia macroregionale come nuova modalità di cooperazione territoriale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2012, p. 712 ss.

¹³ La definizione compare nella pagina del sito dell'Unione europea dedicata alle strategie macroregionali: ec.europa.eu/regional_policy/it/policy/cooperation/macro-regional-strategies.

riferimento al territorio affacciato sul Mar Baltico e sul Danubio nonché alle Alpi, meno in relazione al Mare Adriatico e Ionio e alle macroregioni prese da ultimo a riferimento¹⁴. La scelta trova la sua giustificazione anche su un'ulteriore considerazione. Vista l'intenzione di riconoscere un ruolo di reali protagonisti agli enti territoriali, senza necessariamente la mediazione degli Stati di appartenenza, la creazione di nuovi organi avrebbe inevitabilmente chiamato in causa questi ultimi e soffocato sul nascere, o almeno condizionato, le legittime aspirazioni dei primi.

La seconda determinazione di non volere adottare una legislazione specifica, in aggiunta a quella in essere, nasce da una molteplicità di ragioni che, in questa fase iniziale, paiono giustificate, ma che potrebbero non esserlo in futuro. La singola strategia macroregionale viene, quindi, avviata attraverso una comunicazione della Commissione il cui contenuto è fatto proprio dal Consiglio europeo sotto forma di conclusioni. Non è, invece, previsto che vengano adottati specifici atti vincolanti, sotto forma di regolamenti, direttive e decisioni. Indipendentemente dalla circostanza di volere contenere in generale l'ipertrofia della produzione normativa dell'Unione, la scelta appare giustificata, almeno in questa fase iniziale, sulla base della volontà, ampiamente condivisa, di non frantumare l'approccio disciplinare rispetto a settori delicati e strategici come quello della tutela dell'ambiente o dei trasporti, dell'industria e della ricerca. Per altro verso, anche sotto il profilo qui considerato, è desiderio della Commissione lasciare spazio all'iniziativa degli enti territoriali geograficamente interessati, rendendoli così protagonisti delle scelte (anche di quelle legislative e di regolamentazione) e non, invece, meri esecutori di determinazioni imposte *top-down*, anziché *bottom-up*, riservandosi un ruolo di regia teso alla facilitazione del processo decisionale. Si tratta, in definitiva, di dare applicazione, ai sensi dell'art. 5 TUE, ai principi di sussidiarietà e di prossimità¹⁵.

La terza scelta di non destinare risorse aggiuntive al perseguimento delle strategie a favore delle macroregioni non si spiega solo alla luce dell'obiettivo difficoltà di reperire ulteriori risorse economiche o di destinare quelle esistenti a uno scopo diverso da quello inizialmente previsto. Si tratta, piuttosto, di agire coerentemente rispetto alle altre due scelte e di dare, così, preferenza all'obiettivo di fare progressivamente convergere le risorse in un disegno dotato di coerenza e di programmazione a medio-lungo termine. Le dotazioni finanziarie di gran lunga più significative da impiegare nella logica appena descritta, sono, evidentemente, quelle tratte dai fondi strutturali, che per definizione hanno stretta attinenza al territorio, garantiscono adeguato coordinamento con le altre politiche UE (a cominciare da quella a tutela dell'ambiente) e contemplano la possibilità di progetti transfrontalieri. È bene, però, chiarire che tali risorse non sono solo quelle destinate alla cooperazione transfrontaliera e, soprattutto, che dovrebbero aggiungersi alle dotazioni finanziarie in capo agli Stati e agli enti regionali territoriali, nonché a quelle messe a disposizione dalla Banca europea per gli investimenti e da altri organismi finanziari pubblici come privati.

Le materie che possono fare oggetto della strategia riferita alla singola macroregione variano considerevolmente da caso a caso, ma troviamo costantemente i temi

¹⁴ Nel caso del Mar Baltico, si può citare il Consiglio del Mar Baltico (Council of Baltic Sea States) e la Commissione di Helsinki (Helsinki Commission). Nel caso del Danubio, la Commissione internazionale per la protezione del fiume Danubio (International Commission for the Protection of the Danube River, ICPDR). Per quanto concerne l'arco alpino, il Segretariato della Convenzione delle Alpi.

¹⁵ V., in proposito, A. DI STEFANO, *Le politiche strutturali dell'Unione europea e il principio di sussidiarietà*, in R. SAPIENZA (a cura di), *op. cit.*, p. 51 ss.

della sostenibilità ambientale, dei trasporti e della mobilità, dell'energia, dell'educazione, della biodiversità, della navigazione. I sotto-settori in cui si suddivide la strategia sono affidati normalmente a c.d. *Thematic Groups* o *Action Groups*, di solito sotto la responsabilità di un *leader* che ne coordina i lavori, secondo un'organizzazione del lavoro che si può definire di *networking* interregionale neo funzionalista¹⁶.

Sebbene, come si è detto, le strategie macroregionali trovino la principale fonte di finanziamento nell'ambito degli stanziamenti tratti dai fondi strutturali, è bene chiarire che esse sono e restano distinte dalla politica di coesione economica sociale e territoriale¹⁷. Il potenziale equivoco nel considerare le strategie come ricomprese *in toto* nell'ambito di tale politica nasce non solo come conseguenza della provenienza della maggior parte della loro componente finanziaria, ma anche dalla circostanza che, come si è fatto cenno in precedenza, nell'ambito dell'iniziativa Interreg (a partire dalla sua terza edizione) sono state individuate dalla Commissione alcune aree geografiche omogenee in alcuni casi sostanzialmente coincidenti con quelle attualmente destinatarie delle strategie macroregionali¹⁸. La strategia per una macroregione è, però, ben più complessa e sofisticata di quanto si possa perseguire attraverso il finanziamento sul territorio di singoli progetti, per quanto importanti e innovativi. Tra l'altro, se l'obiettivo primario della politica di coesione economica, sociale e territoriale è il riequilibrio economico, altrettanto non si può dire con riferimento a una strategia macroregionale, che in alcuni casi (ad esempio, per la macroregione del Danubio o del Mar Baltico) ha priorità differenti sebbene collegate (ad esempio, quella della tutela ambientale o dei trasporti sostenibili). A questo riguardo, assume particolare rilevanza la dimensione di coordinamento tra enti regionali territoriali coinvolti sotto il profilo sia della loro azione amministrativa, comprensiva della gestione di risorse destinate a coprire i costi di realizzazione di progetti comuni, sia della politica legislativa riferita a settori di interesse comune (tipicamente e per esemplificare quelli della salvaguardia ambientale, del miglioramento dei trasporti, del turismo, della protezione civile). Non è difficile, avendo presente questa impostazione, immaginare l'appartenenza a un determinato contesto territoriale come minimo comun denominatore, tanto più se il connotato territoriale non solo è palese ma è, altresì, denso di implicazioni per la vita dei suoi cittadini. D'altra parte, proprio questo elemento evidenzia come ciascuna strategia sia dotata di una considerevole specificità che la rende differente dalle altre e suscettibile di produrre effetti più o meno significativi, come si avrà modo di verificare nel successivo paragrafo, proprio in funzione delle caratteristiche geografiche del singolo territorio.

2. Come per tutti i fenomeni che comportano una svolta rispetto alla situazione precedente, esiste un inizio che, in questo caso, coincide con l'adozione della strategia per la macroregione del Mar Baltico (EUSBR), presentata dalla Commissione nel giugno del 2009 e approvata dal Consiglio europeo nell'ottobre dello stesso

¹⁶ Neo-funzionalista perché l'approccio è molto concreto e mira a un progressivo coinvolgimento degli enti territoriali per numero e per temi affrontati, questi ultimi spesso gli uni connessi agli altri.

¹⁷ Vi è, comunque, un elemento di convergenza ulteriore tra le strategie per le macroregioni e la politica di coesione economica, sociale e territoriale che si rinviene negli obiettivi, di portata generale, riconducibili a Europa 2020.

¹⁸ Si pensi, a mero titolo di esempio, al programma transnazionale "Spazio alpino" (2014-2020) dell'Unione europea e alla strategia macroregionale per la regione alpina.

anno¹⁹. L'EUSBR, oltre a essere la prima strategia macroregionale adottata dall'Unione, è particolarmente ben riuscita e continua a costituire, a ormai dieci anni dalla sua ideazione, modello di riferimento e ispirazione per le altre strategie.

I punti di forza dell'EUSBR sono molti e spiegano il suo successo. Il principale è il comune denominatore geografico, il Mar Baltico, che ha caratteristiche ideali rispetto alla ragion d'essere di una strategia macroregionale: è mare delimitato, ha risalenti problemi legati al suo inquinamento causati dall'intenso traffico merci e passeggeri sulle sue rotte e, infine, vi si affacciano Paesi con caratteristiche non troppo dissimili e legati da collaborazioni che hanno profonde radici storiche, sebbene due di essi (Norvegia e Russia) non appartengano all'Unione europea²⁰.

Gli obiettivi perseguiti sono stati scelti con cura e, in alcuni casi, sono cambiati nel corso degli anni e oggi si attestano su tre priorità (in origine erano quattro): intervenire con progetti per la salvaguardia ambientale del mare; potenziare la connessione delle infrastrutture dei trasporti in modo sinergico; aumentare la prosperità economica delle collettività locali.

Il modello di *governance* del processo contempla, fin dall'inizio, il coinvolgimento degli enti locali e della società civile, che lavorano organizzati in *network* tematici con il contributo attivo della Commissione. I misuratori dell'impiego delle risorse messe a disposizione attraverso la politica di coesione economica, sociale e territoriale nell'area indicano progressi considerevoli dopo l'attivazione della strategia macroregionale nella capacità di impegno e di spesa degli stanziamenti²¹.

Dopo l'avvio della positiva esperienza della strategia per la macroregione del Mar Baltico, sono state elaborate altre due strategie con caratteristiche simili alla prima e tra loro: quella per il Danubio (EUSDR)²² e quella per il Mare Adriatico e Ionio (EUSAIR)²³. La prima ha preso avvio nel 2010 ed è stata approvata dal Consiglio europeo nel giugno del 2011, coinvolgendo il territorio di ben quattordici

¹⁹ Su questa specifica strategia, v., in particolare, il contributo di F. TASSINARI, *From Longitudes to Latitudes: Lessons from the Baltic Sea Macro-region for Postcrisis Europe*, in *Journal of Baltic Studies*, 2017, pp. 529-537, nonché S. GÄNZLE, K. KERN, *The European Union Strategy for the Baltic Sea Region*, in S. GÄNZLE, K. KERN (eds.), *op. cit.*, pp. 123-144, e M. SALINES, *Success Factors of Macro-Regional Cooperation: The Example of the Baltic Sea Region*, Bruges Political Research Papers n. 12, 2010 e, sulla cooperazione ante strategia, J. SCOTT, *Cross-border Governance in the Baltic Sea Region*, in *Regional and Federal Studies*, 2002, pp. 135-153.

²⁰ La macroregione del Mar Baltico comprende territori di dieci Stati che vi si affacciano e così: Danimarca, Germania, Polonia, Lituania, Lettonia, Estonia, Russia, Finlandia, Svezia e Norvegia. Fin dal risalente precedente storico della Lega anseatica, è nota l'intensa collaborazione tra gli Stati che si affacciano sul Mar Baltico in ragione di interessi comuni.

²¹ Si rinvia allo studio commissionato dalla DG Regio della Commissione europea, *Macro-regional strategies and their links with cohesion policy*, 2017, reperibile su ec.europa.eu/regional_policy/it/policy/cooperation/macro-regional-strategies.

²² Su questa strategia si rinvia a S. GÄNZLE, *Macro-regional Strategies of the European Union (EU) and Experimentalist Design of Multi-level Governance: The Case of the EU Strategy for the Danube Region*, in *Regional and Federal Studies*, 2017, pp. 1-22; F. SIELKER, *New Approaches in European Governance? Perspectives of Stakeholders in the Danube Macro-region*, in *Regional Studies, Regional Science*, 2016, pp. 88-95, nonché al volume curato dalla DG Regio della Commissione europea, *Danube Region Strategy, Success Stories*, Luxembourg, 2016.

²³ Per un'analisi degli aspetti peculiari di questa area si rinvia a I. INGRAVALLO, *L'Unione europea e la questione adriatica: problemi aperti*, in F. MASTROBERTI e I. INGRAVALLO (a cura di), *op. cit.*, p. 37 ss. e per approfondire le caratteristiche della strategia al già citato contributo di P. GARGIULO, *op. cit.*, p. 19 ss., nonché a L. BIALASIEWICZ, *Re-scaling 'EU' Rope: EU Macro-regional Fantasies in the Mediterranean*, in *European Urban and Regional Studies*, 2013, pp. 59-76.

Stati (di cui cinque non appartenenti all'Unione europea) e la seconda, elaborata dalla Commissione nel corso del 2013, è stata approvata dal Consiglio europeo nel settembre del 2014, prendendo a riferimento i sette Stati affacciati sul mare più la Serbia (di cui quattro non membri dell'Unione europea). Sebbene le due strategie presentino, evidentemente, caratteristiche peculiari, non mancano forti analogie con riferimento, in particolare, alla loro *governance* e agli obiettivi perseguiti.

Per quanto riguarda la *governance*, sebbene il modello non differisca in modo significativo da quello attuato nell'ambito della strategia per la macroregione del Mar Baltico e contempi, anche in questi due ulteriori casi, il coinvolgimento degli enti territoriali regionali, si percepisce chiaramente un ruolo più rilevante degli Stati e la difficoltà di rendere meno formale e più sostanziale la collaborazione tra essi. Ciò dipende principalmente da due fattori: il coinvolgimento di Stati non ancora appartenenti all'Unione è molto rilevante e il periodo in cui le due strategie hanno preso l'avvio è coinciso con la fase più acuta della crisi economica e delle tensioni collegate alle migrazioni attraverso i Balcani²⁴. Nel caso della strategia per la macroregione del Mare Adriatico e Ionio, il ruolo degli enti territoriali regionali è stato, comunque, più incisivo anche nell'attività istruttoria e, in particolare, quello della Regione Marche è stato determinante sia nella fase prodromica all'avvio della strategia sia in quella della messa in opera²⁵.

Per quanto riguarda gli obiettivi, essi tengono conto di quelli già individuati con riferimento alla strategia per la macroregione del Mar Baltico e sono in linea con quelli di Europa 2020 e così la protezione dell'ambiente delle regioni geografiche interessate (entrambe molto sensibili ed esposte all'inquinamento); la connessione dei trasporti e in particolare del traffico, rispettivamente, fluviale e marittimo e, infine, il rafforzamento del benessere delle popolazioni interessate. Un obiettivo indiretto e non esplicito di entrambe le strategie è quello di contribuire a fare progredire gli Stati candidati all'adesione all'UE (Serbia, Montenegro, Albania) o potenzialmente candidati (Bosnia-Erzegovina) nel loro percorso di crescita non tanto economica quanto amministrativa e di governo del territorio secondo *standard* elevati.

L'ultima, in ordine di tempo, a prendere l'avvio è stata la strategia per la macroregione delle Alpi²⁶. I lavori preparatori per questa nuova strategia sono stati conclusi dalla Commissione nel 2014 e l'approvazione da parte del Consiglio europeo è avvenuta nel dicembre 2015. Essa comprende il territorio di sette Stati (di cui due, la Svizzera e il Liechtenstein, non-membri dell'Unione) e quarantotto enti territoriali infrastatali. La sua peculiarità è, evidentemente, quella di riferirsi a un'area di montagna con caratteristiche piuttosto omogenee. Sebbene appena avviata, questa strategia può contare su considerevoli punti di forza. L'area, oltre a essere non eccessivamente estesa, è da sempre caratterizzata da un'intensa attività di cooperazione tra enti infrastatali, nell'ambito e al di fuori della cornice istituzionale dell'Unione, e presenta problemi ed esigenze sufficientemente uniformi²⁷.

²⁴ I resoconti dei vertici, su base annuale, dei rappresentanti degli Stati coinvolti danno evidente testimonianza di questo clima fortemente condizionato da fattori politici e economici generali.

²⁵ V., in proposito, quanto riportato da B. CAGUSI, A. STOCCHIERO, *The European Union Strategy for the Adriatic-Ionian Region*, in S. GÄNZLE, K. KERN (eds.), *op. cit.*, pp. 169-188.

²⁶ In argomento si rinvia a C. BAUER, *A Macro-Regional Strategy for the Alpine Region*, in *European Structural & Investment Funds Journal*, 2014, p. 47 ss.

²⁷ Basti qui ricordare, senza pretesa di esaustività, le esperienze di COTRAO, Arge Alp e Alpe Adria, nonché, ovviamente, la Convenzione delle Alpi, maturate al di fuori dell'UE, e il già citato Programma *Spazio alpino* sotto l'egida di Interreg nell'ambito dell'Unione.

Sono, infine, in fase di elaborazione da parte della Commissione la strategia per ulteriori due macroregioni: quella del Mare del Nord e quella dell'Arco atlantico. I lavori della Commissione al riguardo sono in corso, sebbene già piuttosto avanzati, e lasciano intravedere un esito favorevole con contenuti e modalità di *governance* che ricalcano quelli delle altre strategie, sebbene adattati alle peculiarità dei territori interessati²⁸.

L'efficacia e la portata delle strategie macroregionali già in essere e di quelle in fase di elaborazione non potranno che essere correlate ai contenuti della programmazione economica e strategica *post-2020*. A tale proposito, è stato da poco avviato il percorso di confronto che impegnerà i prossimi due anni e che avrà come traguardo le priorità di spesa per i successivi sette anni (quadro finanziario pluriennale UE 2021-2027). Se, come sembra, verrà confermata la scelta di non stanziare risorse espressamente dedicate alla realizzazione delle strategie macroregionali, sarà nondimeno possibile introdurre appositi meccanismi che incentivino l'imputazione di risorse tratte dai fondi strutturali a favore di progetti transfrontalieri coerenti con dette strategie²⁹. Potranno anche essere rafforzati il coordinamento e le sinergie tra le varie strategie macroregionali, soprattutto in presenza di sovrapposizioni geografiche (ad esempio, tra quelle, rispettivamente, per la macroregione del Danubio e per la macroregione del Mare Adriatico e Ionio).

3. La scelta iniziale di non accompagnare l'avvio e la messa in opera delle strategie macroregionali con l'adozione di norme alle stesse espressamente dedicate pone inevitabilmente l'interrogativo di come esse possano trovare effettiva applicazione.

La legittimazione giuridica delle strategie, ai sensi dell'art. 174 ss. TFUE, appare fuori discussione, sebbene il procedimento che ne prevede l'avvio appaia *sui generis*. Come si è detto, la Commissione, dopo avere svolto un'ampia consultazione presso le istituzioni presenti sui territori coinvolti, predispone, sotto forma di comunicazione, una proposta articolata che contiene le linee programmatiche della futura strategia al Consiglio, nella sua formazione Affari generali, che è chiamato a farla propria nell'ambito delle sue conclusioni³⁰. Queste sono, a loro volta, accolte dal Consiglio europeo onde ulteriormente sancirne l'importanza.

Si crea, dunque, un rapporto diretto tra la Commissione e il Consiglio già nella fase preparatoria del progetto di istituire una specifica strategia, che prosegue dopo la sua approvazione formale. La Commissione predispone, infatti, rapporti periodici, su base biennale, sull'andamento delle singole strategie e sull'insieme delle strategie, rapporti che hanno per destinatario principale il Consiglio. Quest'ultimo, recentemente, ha inteso fare il punto della situazione, adottando apposite conclusioni "on the

²⁸ Ulteriori approfondimenti su queste due politiche si possono leggere nei contributi rispettivamente di M. DANSON, *A North Sea Macro-region? Partnership, Networking and Macro-regional Dimensions*, e di M. WISE, *The Atlantic Arc: A Macro-region in the Making?*, in S. GÄNZLE, K. KERN (eds.), *op. cit.*, pp. 215-242 e pp. 243-269.

²⁹ Il Parlamento europeo, attraverso la risoluzione approvata il 16 gennaio 2018 sull'implementazione delle strategie macroregionali (2017/2040(INI)), punto 34: "sottolinea che la prossima revisione del quadro finanziario pluriennale (QFP) rappresenta l'occasione per una contemporanea revisione degli obiettivi delle strategie macroregionali (SMR), al fine di rafforzarne il legame con le priorità dell'UE e di consolidarne gli impegni finanziari".

³⁰ Le conclusioni del Consiglio europeo sono le seguenti: per la macroregione del Mar Baltico (doc. 13744/09); per la macro regione del Danubio (doc. 8388/11); per la macroregione del Mare Adriatico e Ionio (doc. 13504/14) e per la macroregione delle Alpi (doc. 14613/15). Tutte reperibili sul sito ec.europa.eu/regional_policy, cit.

implementation of EU Macro-Regional Strategies”³¹. In tale documento, che ha valore di indirizzo politico ed è sprovvisto tecnicamente di valore giuridico vincolante, il Consiglio richiama e ribadisce alcuni capisaldi alla base delle strategie macroregionali, da cui emerge il peculiare sistema adottato per quanto riguarda espressamente la loro “*effective implementation*”. In particolare, per quanto riguarda l’aspetto regolamentare, il Consiglio si affida, per un verso, a un “*better use of existing institutions and better implementation of existing legislation*” e, per altro verso, “*reiterates the need to cooperate closely with existing multilateral institutions and under existing agreements*”. Ciò che emerge con chiarezza dalle conclusioni del Consiglio è il richiamo a “*the participating Member States and their regions and the Commission*” a collaborare strettamente nell’ambito di “*an appropriate multilevel governance system*”, a cominciare dall’utilizzo delle risorse finanziarie messe a disposizione attraverso i fondi strutturali ma, più in generale, rispetto a tutti i temi messi al centro delle strategie.

Assume perciò un ruolo decisivo, nell’ambito degli ordinamenti statali in cui ciò è consentito e di certo in quello italiano, l’attitudine degli enti territoriali regionali provvisti di capacità legislativa, oltre che amministrativa, a indirizzare la rispettiva attività in modo coerente e conforme agli obiettivi posti nell’ambito della strategia dedicata alla macroregione di cui fanno parte. Questa attitudine non può che essere assunta e portata avanti su base volontaria e risultare tanto più efficace in quanto frutto di una piena consapevolezza da parte della componente politica come di quella tecnico-amministrativa.

Può giocare un ruolo determinante, per conseguire il fine considerato nell’ordinamento italiano, il meccanismo di adattamento periodico che molte regioni italiane dispongono per la messa in conformità del rispettivo ordinamento agli obblighi di appartenenza all’UE (c.d. leggi comunitarie regionali)³². In occasione dell’adozione annuale del provvedimento di legge regionale in questione, potrebbero essere assunti, su base volontaria, i provvedimenti tesi a dare seguito agli obiettivi della macroregione come meglio specificati, attraverso il lavoro di *networking* tra i diversi attori istituzionali, in corso d’anno. La cadenza annuale e la contestualità dei provvedimenti da assumere garantirebbero l’effettività di tale processo di progressiva messa in conformità dell’ordinamento regionale decisamente più che non l’assunzione di provvedimenti sporadici e non coordinati tra loro. Nel medio-lungo termine si potrebbe produrre, in modo auto-indotto, una crescente uniformazione delle discipline dei singoli ordinamenti regionali presenti nel contesto macroregionale di riferimento almeno per certe aree tematiche (ambiente, trasporti, tutela del paesaggio, protezione civile). Ciò potrebbe avvenire anche attraverso la presa di conoscenza di *best practices* legislative in vigore in ordinamenti regionali che, pur inseriti in ordinamenti nazionali differenti, presentino carattere di particolare attinenza alle esigenze degli enti territoriali coinvolti nella strategia macroregionale di riferimento³³.

In conclusione, sul punto, l’effettività della singola strategia macroregionale è rimessa essenzialmente alla capacità degli Stati, e soprattutto dei rispettivi enti

³¹ Conclusioni del 25 aprile 2017 (doc. 8461/17).

³² In argomento, anche per le osservazioni critiche in ordine al ritardo e alle difficoltà che caratterizzano l’insieme delle regioni italiane rispetto a tale aspetto, v., in particolare, A. PAPA, *Le Regioni italiane nella multilevel governance europea*, in A. PAPA (a cura di), *Le regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2016, pp. 37-57. Più in generale, si rinvia ancora a F. RASPADORI, *op. cit.*

³³ L’esempio può valere per tutte le macroregioni. Nel caso di quella alpina, non è difficile ipotizzare ambiti in cui l’emulazione virtuosa potrebbe realizzarsi. Si pensi a leggi sulla tutela del paesaggio o sull’impiego dei mezzi pubblici per raggiungere comunità di alta montagna.

regionali, di recepire con tempestività, continuità e completezza, da un lato, l'insieme dell'*acquis communautaire* maturato nei settori coperti dalla stessa strategia in termini di obiettivi (i.e. tutela dell'ambiente, interconnettività dei trasporti, turismo e, in generale, sviluppo del territorio) e, dall'altro, il risultato del lavoro degli *Action Groups* che operano, giorno per giorno, sui singoli *dossiers*. In questa dinamica si dovrebbe trovare un giusto punto di equilibrio tra un processo legislativo *top-down* e uno propositivo più *bottom-up*.

Occorrerà attendere ancora qualche anno per comprendere appieno se la sfida, posta sulla base dell'impostazione scelta, produrrà o meno risultati concreti apprezzabili, in termini di effettività, delle strategie macroregionali dell'Unione europea sul territorio.

4. Le strategie UE per le macroregioni rivestono un particolare interesse per gli studiosi che analizzano due fenomeni tipici dell'epoca contemporanea, comunemente noti come *multilevel* e *multidimensional governance*³⁴ e *rescaling approach*³⁵, e che, rispetto alla strategia macroregionale, si legano in modo significativo.

La natura multilivello delle strategie per le macroregioni si esprime nel coinvolgimento dei tre tradizionali livelli in cui si attua la *governance* dell'Unione europea, degli Stati membri e degli enti territoriali infrastatali³⁶.

Per quanto riguarda il livello europeo, il ruolo di gran lunga più significativo è sostenuto dalla Commissione, sia nella fase preparatoria della strategia che in quello della sua attuazione. Essa coordina, come si è visto, tutto il lavoro istruttorio precedente e funzionale a sottoporre, in ultima istanza, al Consiglio europeo l'adozione di una strategia per una specifica macroregione. Una volta adottata la strategia, la Commissione assume la regia della sua implementazione per quanto riguarda l'imputazione delle risorse destinate al finanziamento di progetti da realizzare in quelle determinate aree geografiche, nonché nel confronto quotidiano con le strutture in cui si sono organizzati gli enti territoriali per avanzare verso i diversi obiettivi condivisi.

Il coinvolgimento degli Stati, a livello di governi centrali, si manifesta in sede di Consiglio europeo, al momento dell'approvazione della proposta della Commissione di adozione della singola strategia e, successivamente, nell'ambito del Consiglio, nella formazione Affari generali, fornendo linee di indirizzo politico

³⁴ Tra i primi a cogliere la dimensione multilivello della politica di coesione UE, G. MARKS, *Structural Policy and Multilevel Governance in the EC*, in A. CAFRUNY, G. ROSENTHAL (eds.), *The State of European Community: The Maastricht Debate and Beyond*, Boulder, 1993, pp. 391-411 e, in Italia, R. SAPIENZA, *La politica europea di coesione economica e sociale come sistema di Multi-level Governance*, in R. SAPIENZA (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss. A seguire, si rinvia, *ex multis*, a A. SIMONATO, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, Padova, 2016; C. PANARA, *The Sub-national Dimension of the EU. A Legal Study of Multilevel Governance*, Cham, 2015; H. ENDERLEIN, S. WALTI, M. ZURN (eds.), *Handbook on Multi-level Governance*, Cheltenham, 2012, e S. PIATTONI, *The Theory of Multi-Level Governance: Conceptual, Empirical, and Normative Challenges*, Oxford, 2010.

³⁵ In argomento si rinvia di recente a D. STEAD, F. SIELKER, T. CHILLA, *Macro-regional Strategies: Agents of Europeanization and Rescaling?*, in S. GÄNZLE, K. KERN (eds.), *op. cit.*, pp. 99-120. In precedenza, v. N. BRENNER, *Globalisation as Reterritorialisation. The Re-scaling of Urban Governance in the European Union*, in *Urban Studies*, 1999, pp. 413-451; S. BARTOLINI, *Restructuring Europe*, Oxford, 2005; E. GUALINI, *The Rescaling of Governance in Europe: New Spatial and Institutional Rationales*, in *European Planning Studies*, 2006, pp. 881-904.

³⁶ In argomento, v. il contributo di D.G. BIANCHI, *La governance multilivello delle strategie macro-regionali dell'UE: note critiche*, in *Scienze Regionali*, 2016, pp. 5-28, e di S. GÄNZLE, *Macro-regional Strategies of the European Union (EU) and Experimentalist Design of Multi-level Governance: The Case of the EU Strategy for the Danube Region*, in *Regional and Federal Studies*, 2017, pp. 1-22.

e il proprio assenso a destinare parte delle risorse imputate alla coesione economica, sociale e territoriale alla singola strategia a cui potrebbero successivamente essere aggiunte risorse economiche tratte dai bilanci statali.

Infine, il livello degli enti regionali territoriali è quello, almeno in teoria, più ragguardevole³⁷. Esso si esprime attraverso la partecipazione, in primo luogo, a un consesso politico di indirizzo e, in secondo luogo, ai c.d. *Thematic Groups* o *Action Groups* nell'ambito dei quali siedono i rappresentanti degli enti territoriali coinvolti rispetto alle singole aree di intervento. D'altra parte, come si è detto nel precedente paragrafo, l'effettività del contributo che può esprimersi a questo livello non può che essere la conseguenza del coinvolgimento attivo nella fase di attuazione della strategia sul territorio, che richiede tanto la realizzazione dei progetti finanziati quanto la capacità di assicurare la conformità del proprio assetto legislativo e dell'azione amministrativa là dove previsto dalle norme costituzionali nazionali.

Ad accrescere la complessità del quadro in cui opera la strategia è il coinvolgimento di ordinamenti di Stati non-UE, alcuni dei quali, come la Russia, dotati di amministrazioni locali sprovviste di poteri legislativi paragonabili a quelli attribuiti agli enti locali territoriali degli Stati UE. Per questo motivo siamo in presenza di una *multilevel governance* asimmetrica, con tutte le conseguenti problematiche di coordinamento.

La natura *multidimensional* della *governance* delle strategie si esprime, invece, nel ricomprendere aspetti politici, sociali, economici, di sicurezza, legali, istituzionali, culturali e ambientali connessi a un comune denominatore costituito da una realtà prima di tutto geografica (un bacino marittimo, un bacino fluviale o una catena montuosa), ma, in definitiva, anche sociali e culturali e persino identitari.

Vi è da chiedersi, a quest'ultimo proposito, se vi sia spazio per l'affermarsi di una identità intermedia tra quella nazionale e quella europea e così a livello macroregionale. Le popolazioni coinvolte, infatti, pur facendo parte di Stati diversi, trovano fattori di condivisione non solo riconducibili alla comune appartenenza all'Unione, ma a interessi specifici ed esigenze peculiari proprie della macroregione in cui si collocano. La formulazione e la portata dell'art. 4, par. 2, TUE, dedicato alla salvaguardia dell'identità nazionale, lasciano, invero, poco spazio interpretativo rispetto al tema che ci interessa. D'altra parte, il riferimento, nel testo della norma, al rispetto, nell'ambito dell'identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati, del "sistema delle autonomie locali e regionali" ci consente di considerare il richiamo alla disposizione in questione non del tutto fuori luogo³⁸. Sebbene sia trascorso un periodo di tempo significativo dall'entrata in

³⁷ In generale su tema, si rinvia ancora a A. PAPA (a cura di), *op. cit.* Molto utile anche la lettura delle conclusioni del Consiglio *on the governance of macro-regional strategies* (doc. 16207/14, 28 novembre 2014), che recepiscono sostanzialmente i contenuti della comunicazione, sotto forma di report, della Commissione europea, del 20 maggio 2014 COM(2014)284 def., del, nonché del successivo aggiornamento contenuto nella comunicazione della Commissione, del 26 giugno 2016, COM(2016)443 final. La Commissione ha proposto e il Consiglio recepito uno schema che prevede una *governance* a tre livelli: quello politico/ministeriale o strategico, quello di coordinamento e quello attuativo o operativo. L'approccio è dichiaratamente molto flessibile e tiene conto delle esigenze specifiche correlate alle singole strategie macroregionali. Un elemento comune è rappresentato dalla presidenza turnaria del livello politico-ministeriale che funge da presupposto a un ruolo guida dello Stato che la detiene in un determinato momento.

³⁸ Come noto, in base all'art. 4, par. 2, TUE: "(L') Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.(...)". Inoltre, in base all'art. 167 TFUE: "L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e

vigore dell'attuale formulazione *post-Lisbona* e non siano mancate sentenze della Corte di giustizia che vi abbiano dato applicazione³⁹, si stenta, del resto, ancora oggi a riconoscere all'art. 4, par. 2, TUE una dimensione autonoma, e non solo ancillare agli altri principi generali, e a coglierne l'effettiva valenza. Se si ritenesse tale norma idonea a dare rilievo nell'ordinamento UE alla teoria dei controlimiti⁴⁰, allora la si potrebbe forse interpretare in modo ancora più esteso a salvaguardia non solo delle prerogative statali, ma anche delle specificità regionali, eventualmente intese in un'accezione macroregionale. Si tratta, però, di un percorso argomentativo, forse temerario, ancora tutto da scrivere e accreditare⁴¹.

regionali, evidenziandone nel contempo il retaggio culturale comune". In proposito, si rinvia alla recente monografia di G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017. Per quanto riguarda, più nello specifico, il riferimento alle autonomie locali e regionali, v. U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011. Lo stesso A. – *La dimensione regionale e locale dell'integrazione europea*, in A. CIUFFREDA (a cura di), *Bari metropolitana, la città delle città*, Bari, 2015, p. 29, in nota 8 –, fa giustamente notare come nella Carta comunitaria della regionalizzazione, adottata dal Parlamento europeo il 17 novembre 1988 (GUCE C 326, del 19 dicembre 1988, p. 296 ss.) "per regione si intende un territorio che dal punto di vista geografico costituisce un'entità a sé stante oppure un insieme di territori simili in cui esiste una continuità e la cui popolazione presenta determinati elementi comuni, desidera salvaguardare le proprie caratteristiche e svilupparle al fine di stimolare il progresso culturale, sociale ed economico. Per 'elementi comuni' di una determinata popolazione si intende una serie di caratteristiche comuni relative alla lingua, alla cultura, alla tradizione storica e agli interessi in materia di economia e di trasporti". Nell'ambito di una macroregione si riscontrano effettivamente molti elementi comuni, ad eccezione della lingua, la quale, però, di solito è parlata come conseguenza all'appartenenza a un determinato Stato più che per autonoma scelta.

³⁹ Secondo la ricostruzione effettuata da G. DI FEDERICO, *op. cit.*, p. 72, il riferimento all'art. 4, par. 2, TUE è contenuto, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 agosto 2017, in undici sentenze della Corte di giustizia UE. La norma è stata richiamata nelle conclusioni degli Avvocati generali (per tredici volte) e invocata dai governi nazionali (otto volte). Tra queste, una riveste un certo interesse per i temi qui affrontati. Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2014, causa C-156/13, *Digibet e Albers*, nella quale la Corte si esprime rispetto a un quesito di rinvio pregiudiziale posto dal Bundesgerichtshof (Germania) nel presupposto che "la ripartizione delle competenze fra i Länder non può essere messa in discussione, in quanto essa ricade nell'ambito della tutela conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, che obbliga l'Unione a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali". Da segnalare, sia pure con riferimento al solo ordinamento italiano, anche la recente sentenza della Corte costituzionale del 20 marzo 2018 che ha dichiarato incostituzionale la legge della Regione Veneto 13 dicembre 2016, n. 28 (applicazione della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali). Nel testo di tale sentenza la Corte costituzionale ricorda che "la tutela delle minoranze linguistiche di cui all'art. 6 Cost. è considerata espressione paradigmatica di una più ampia e articolata garanzia delle identità e del pluralismo culturale, i cui principi debbono ritenersi applicabili a tutte le minoranze, siano esse religiose, etniche o nazionali, oltre che linguistiche", ma che "il compito di determinare gli elementi identificativi di una minoranza da tutelare non può che essere affidato alle cure del legislatore statale, in ragione della loro necessaria uniformità per l'intero territorio nazionale"; "riconoscere un tale potere al legislatore regionale significherebbe, infatti, introdurre un elemento di frammentazione nella comunità nazionale contrario agli artt. 2, 3, 5 e 6 Cost."

⁴⁰ Nella duplice valenza di deroga all'applicazione, ovvero di limite all'applicazione del diritto UE. Si legga, in proposito, la sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-51/15, *Remondis*.

⁴¹ L'identità potrebbe riguardare aree non necessariamente regionali, bensì anche municipali o metropolitane. Si rinvia, al riguardo, ancora alle considerazioni di U. VILLANI, *La dimensione regionale e locale*, cit., pp. 23-37, nonché di E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 29 che individua nelle strategie per le macroregioni uno dei presupposti per dare un nuovo contenuto al concetto di cittadinanza europea. Si veda, infine, G. LUCHENA, *Coesione economica, sociale e territoriale: le zone franche urbane tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 289 ss.

Un ulteriore aspetto delle strategie macroregionali che desta particolare interesse è quello dell'estensione geografica che sembra porsi in modo perfettamente coerente rispetto a una riconsiderazione dell'ampiezza dei territori utilmente presi a riferimento in una logica continentale se non, addirittura, planetaria del governo del territorio. La (relativa) novità di un tale approccio si rinviene, in primo luogo, nella sua vocazione *place-based* riferita prioritariamente alle caratteristiche ed esigenze di uno specifico territorio in quanto tale e non a una delimitazione di carattere amministrativo⁴². Il secondo elemento, che assume particolare pregio in un contesto di rapidi e sostanziali cambiamenti dei flussi commerciali, è il passaggio a una scala territoriale continentale decisamente più consona rispetto a quelle, fin qui utilizzate, nazionale o locale. L'opportunità di *rescaling*, per usare un termine caro alla letteratura in lingua inglese⁴³, la dimensione territoriale presa a riferimento per rispondere a specificità del territorio, a cominciare dal suo sviluppo, nasce da motivi essenzialmente geografici (in particolare, se riferiti a un bacino marittimo o fluviale), ma si pone in perfetta sintonia con le esigenze economiche, per esempio sul piano delle infrastrutture dei trasporti. Questi ultimi, in particolare, consentono la mobilità ottimale di persone e merci nella misura in cui siano organizzati su scala dimensionale adeguata e, soprattutto, in maniera interconnessa. Questa esigenza si salda perfettamente con la progressiva *Europeanization*⁴⁴ del settore dei trasporti per quanto riguarda la sua disciplina, i suoi obiettivi e le dimensioni aziendali dei suoi protagonisti.

In conclusione, il nuovo regionalismo non potrà che essere, avendo correttamente a riferimento un contesto globale, funzionalista e rivolto a macroregioni, prescindendo dai confini nazionali e ponendo al centro il perseguimento del benessere economico e sociale di coloro che abitano tali territori.

Abstract

Macro-Regional Strategies in the European Union: Legal Profiles

There are currently four macro-regional strategies in the European Union, but they are constantly increasing. They constitute a further step in the development of the economic, social and territorial cohesion policy. This study analyses the legal aspects of these macro-regional strategies and, considering multilevel and multidimensional governance and rescaling approaches, highlights new developments that emerge through this form of European integration. As is typical of cross border approaches, this involves local authorities of Member States as well as States that are not yet members of the European Union. Particular focus is placed upon the effectiveness of these strategies within the legal frameworks of the Italian Regions.

⁴² La novità è relativa perché già l'adozione della *Nomenclature des unités territoriales statistiques* (NUTS) ha considerevolmente privilegiato il dato statistico territoriale rispetto a quello amministrativo nella delimitazione dei riparti territoriali in funzione delle esigenze UE (a cominciare dalla misurazione dei presupposti economici e sociali per individuare i territori eligibili ai fini del finanziamento dei fondi strutturali).

⁴³ In argomento si rinvia a M. PLANGGER, *Building Something Beautiful with Stones: How Regions Adapt to, Shape and Transform the EU Opportunity Structure*, in *Regional Federal Studies*, 2017, pp. 1-24.

⁴⁴ Su tale concetto v. J. CLARK, A. JONES, *The Spatialities of Europeanisation: Territory, Government and Power in Europe*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2008, pp. 300-318 ss. V. anche M. PERKMANN, N. SUM (eds.), *Globalization, Regionalization and Cross-border Regions*, Basingstoke, 2002.

Susanna Cafaro*

Il ruolo dei cittadini nella formula democratica dell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Cittadinanza e democrazia. – 2. Alle origini della cittadinanza europea. – 3. Cittadinanza e principi democratici nel TUE. – 4. *Demos* e *politeia*, pluralismo e identità europea. – 5. Cittadinanza e formula democratica sovranazionale. – 6. I limiti dell'intergovernatività e della tecnocrazia.

1. Il termine cittadinanza può essere esaminato da prospettive diverse, tutte connesse e complementari.

Anzitutto, la cittadinanza è *status*, ovvero un paniere di diritti e doveri in capo all'individuo, conseguenza della sua appartenenza ad un ordinamento.

In secondo luogo, proprio in ragione di questa appartenenza, la cittadinanza vive nel rapporto dialettico tra l'individuo e lo Stato: cittadinanza come partecipazione, come esercizio di diritti politici atti a garantire legittimazione all'ordinamento, ma anche a consentire all'individuo di svolgervi una funzione di controllo. In questo senso la cittadinanza è *politeia*: appartenenza ad un corpo civico che, nel suo atteggiarsi nei confronti dello Stato qualifica e caratterizza anche la forma di governo.

La cittadinanza inoltre si presta ad un'analisi – antropologica o sociologica – sull'appartenenza degli individui ad una comunità che si contraddistingue per comuni caratteri linguistici e culturali, per un patrimonio di valori o di convinzioni condivise, per rilevanti fattori storici: insomma, qualifica una comunità di individui come *demos*, ovvero popolo¹.

Si comprende quindi facilmente perché un tema così ricco di implicazioni trovi spazio, nel dialogo politico, soprattutto per quanto attiene ai meccanismi di acquisizione e perdita dello *status* o di discriminanti nell'esercizio dei diritti ad esso con-

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università del Salento.

** Il presente scritto è un ulteriore approfondimento del contributo dal titolo *Cittadinanza e democraticità dell'Unione europea*, pubblicato in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Atti del convegno interinale SIDI (Salerno, 18-19 gennaio 2018), Napoli, 2018, pp. 263-276.

¹ Naturalmente, molte sono le possibili definizioni e "scomposizioni" della nozione di cittadinanza. E molte le discipline, dal diritto alla scienza politica all'antropologia alla sociologia alla filosofia, che si esprimono sul punto. Si vedano, a mero titolo di esempio, D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma, 1994, con un'ampia bibliografia sul tema. Oppure, per rimanere sulla dimensione europea, i più vari contributi in C. CANULLO, L. GRIONI (a cura di), *Identità tradotte. Senso e possibilità di un ethos europeo*, *Anthropologica*, Annuario di studi filosofici, Portogruaro (VE), 2014.

nessi. Lungi dall'essere un mero meccanismo amministrativo, il processo di acquisizione della cittadinanza riflette scelte importanti sulla modalità di integrazione degli individui nel tessuto sociale e sul modo stesso in cui si vuole caratterizzarlo.

In questo contributo si vuol mettere a fuoco anzitutto la dimensione politica della cittadinanza europea. Essa – per una serie di caratteristiche specifiche – è, come si vedrà, anzitutto *politeia*. Tuttavia, una serie di scelte concettuali e terminologiche operate dai Trattati europei richiedono di metterne in relazione i profili più strettamente politici con quelli relativi ai diritti e ai valori connessi e con la nozione di popolo, ciò al fine di comprenderne le peculiarità ed il suo essere un *unicum* nel panorama giuridico.

2. La cittadinanza europea ha origine, formalmente, con la firma del Trattato di Maastricht il 7 febbraio del 1992. È un passaggio politicamente molto significativo nel processo di integrazione europea. Segue da presso gli accadimenti che hanno portato a conclusione l'esperienza storica del bipolarismo e alla riunificazione delle due Germanie. Prelude al passaggio da una Comunità che si colloca geograficamente e politicamente nell'Europa occidentale e nella sfera di influenza statunitense ad un'Unione potenzialmente paneuropea in un mondo globalizzato e multipolare in cui non vi sono più sfere di influenza dai confini definiti né “cortine”. In questo scenario di passaggio e di grande instabilità la Comunità dei dodici – che sceglie di abbandonare la qualificazione di “economica” – si va a collocare in un “tempio” normativo dai contorni più politici (dotato di due nuovi pilastri sicuramente non economici quali la giustizia e gli affari interni e la politica estera) e si dà l'obiettivo ambizioso dell'unificazione monetaria. Infine, essa si riconosce una dimensione politica codificando una propria cittadinanza – che entra in un rapporto dialettico con le due dimensioni politiche di Consiglio e Parlamento.

In realtà, i cittadini facevano parte della formula comunitaria da lungo tempo. Non erano però qualificati come cittadini europei, ma come cittadini degli Stati membri.

Punto di partenza obbligato – pur se noto – per cogliere l'evoluzione del ruolo dei cittadini nella formula democratica europea è la sentenza *Van Gend en Loos* del 1963², perché è in questa che la Corte per la prima volta statuisce in termini chiari e inequivoci che la Comunità è un ordinamento “di nuovo genere” e la sua specificità è l'essere un ordinamento “che riconosce come soggetti non solo gli Stati, ma anche i loro cittadini”. Questo passaggio fa storia e ritorna l'anno dopo in *Costa c. ENEL*³, in cui leggiamo che “gli Stati creano un sistema di diritto vincolante per loro stessi e per i loro cittadini”. La formula, chiamando in causa i cittadini, sintetizza i due principi cardine della diretta applicazione e della primazia del diritto europeo.

Il rapporto diretto Comunità-cittadini si caratterizza quindi da subito come elemento significativo e legittimante all'interno della formula della sovranazionalità, tanto che la Corte tornerà a richiamare la sentenza *Van Gend en Loos* più volte nei decenni successivi, e spesso in occasione di prese di posizione forti, in cui è particolarmente utile rievocare i fondamenti della legittimità del sistema, quasi a voler rispondere preventivamente a possibili contestazioni. Inutile dire che ribadendo la legittimità del sistema la Corte riafferma anche la propria, nel ruolo di garante dello stesso. È

² Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62. Moltissimo si è scritto su questa sentenza che rappresenta, anche tra i *grands arrêts* della Corte, una pietra miliare. Si veda *ex multis* U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, pp. 225-237.

³ Sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64.

questa un'utile chiave di lettura delle citazioni dai casi *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* che ritroviamo nelle sentenze *Simmenthal*⁴ e *Francovich*⁵ e nel parere 1/91⁶.

La formula “gli Stati e i loro cittadini” rimane immutata, nonostante le elezioni dirette del Parlamento europeo dal 1979 e l'istituzione della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht del 1992. La citazione più recente da *Van Gend en Loos*, con il richiamo ai “loro cittadini” è nel parere 1/09, a Trattato di Lisbona in vigore. Ai fini dell'esercizio di un ruolo legittimante, dunque, poco importa che i cittadini siano quelli dell'Unione o dei suoi Stati membri.

È stata, tuttavia, sempre la Corte di giustizia ad avvertire, nelle note sentenze *Isoglucosio* del 1980, la necessità di ribadire l'esistenza nell'allora Comunità economica europea di “un fondamentale principio di democrazia secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa”⁷. La prima elezione diretta del Parlamento europeo, avvenuta nel giugno 1979, non va trascurata ai fini della comprensione del clima politico in cui maturano queste sentenze, né – ancor più – la circostanza per la quale la democrazia in Europa è soprattutto democrazia rappresentativa. Solo pochi anni dopo la stessa Corte precisa che in Europa opera un “fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa”⁸.

Si arriva così alla creazione di una cittadinanza europea – a seguito della revisione operata dal Trattato di Maastricht nel 1992 – senza che questo appaia esattamente un colpo di mano.

Ai cittadini – già elettori del Parlamento europeo – viene riconosciuto uno *status* europeo, che tuttavia non si giustifica nella presenza di determinati requisiti, come negli ordinamenti statali, ma come importante corollario della cittadinanza nazionale⁹. Questa scelta ha significative implicazioni nel ruolo attribuito agli Stati membri per l'attribuzione, con la propria, anche della cittadinanza europea¹⁰. Ancora maggiore la responsabilità in capo agli stessi nel caso deliberino la revoca o privazione di entrambe le cittadinanze: una scelta forte che può essere compiuta autonomamente dagli Stati, ma sempre tenendo a mente le connesse implicazioni europee¹¹.

Questa nuova cittadinanza determina che i cittadini godano dei diritti e siano soggetti ai doveri previsti dai Trattati europei. La lista dei diritti ascritti alla cittadinanza europea non muta radicalmente nel 1992, subisce piuttosto una riorganizzazione e un arricchimento e, soprattutto, diviene atta a riconoscere autonomia concettuale ad uno *status* che i cittadini degli Stati membri avevano progressivamente già acquisito per effetto dell'appartenenza all'ordinamento sovranazionale.

⁴ Sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77.

⁵ Sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90.

⁶ Parere del 14 dicembre 1991.

⁷ Sono le sentenze del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères c. Consiglio*, punto 33, e causa 139/79, *Maizena GmbH c. Consiglio*, punto 34.

⁸ Sentenza dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*.

⁹ Così sottolinea, ripetutamente, anche la Corte di giustizia. Si vedano *ex multis* le sentenze del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31, e del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, punto 82.

¹⁰ Con il solo limite del rispetto del diritto europeo, si vedano le sentenze del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, punto 10; dell'11 novembre 1999, causa C-179/98, *Mesbah*, punto 29; del 20 febbraio 2001, causa C-192/99, *Kaur*, punto 19; del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, punto 37.

¹¹ Si veda sul punto E. NALIN, *Commento alla sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, Rottmann c. Freistaat Bayern*, in *Sud in Europa*, maggio 2010.

Vi è, anzitutto, il diritto a non essere discriminati in ragione della cittadinanza, pietra angolare del sistema europeo sin dalle origini.

In secondo luogo, vi è il diritto alla libera circolazione e allo stabilimento, diritto questo che era stato oggetto di una significativa evoluzione a partire dalla qualificazione dell'individuo come lavoratore, passando per l'estensione del diritto ai familiari a carico¹², poi ai prestatori di servizi, ai clienti di questi ultimi¹³ per arrivare, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht – con tre direttive adottate nel 1990 – a chiunque, purché in grado di bastare ai propri bisogni essenziali e provvisto di una minima copertura malattia¹⁴. Nel frattempo, gli Accordi di Schengen del 1985, poi comunitarizzati con il Trattato di Amsterdam del 1997, eliminavano anche i controlli alle frontiere.

Dal 1992, nel catalogo dei diritti della cittadinanza, il diritto di libera circolazione e di soggiorno per ogni cittadino europeo è formulato in termini pressoché assoluti, pur rimanendo oggetto di precisazioni nelle norme di diritto derivato.

Di natura strettamente politica sono invece gli altri diritti codificati nell'art. 20 TFUE, sempre risalenti al Trattato di Maastricht. Tra questi, in prima battuta, il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni europee e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui il cittadino risiede (art. 20, lett. b). Le modalità di esercizio per entrambi i momenti elettorali sono state poi fissate – per le elezioni amministrative – attraverso la direttiva 94/80/CE e – per le europee – con la direttiva 93/109/CE¹⁵. Ancora una volta, siamo di fronte ad una parziale novità, poiché l'elettorato attivo e passivo alle elezioni europee risale per i cittadini degli Stati membri al 1979¹⁶.

Completano il quadro il diritto dei cittadini a godere della protezione delle autorità diplomatiche e consolari di un altro Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato qualora il proprio non sia rappresentato in un Paese terzo¹⁷ ed una serie di diritti più strettamente civili. Questi sono: “il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua” (art. 19, lett. d).

Il catalogo dei diritti del cittadino europeo è frutto in realtà di un mosaico ben più ampio di quanto appaia dal titolo ad essi dedicato nel Trattato sul funzionamento

¹² Il regolamento 1612/68 e la direttiva 75/34 affermavano il diritto dei membri della famiglia del lavoratore, anche se “economicamente non attivi”, di stabilirsi con lui nel Paese ospitante e di godere sul territorio dello Stato membro ospitante degli “stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali”.

¹³ V. le sentenze della Corte di giustizia del 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*; del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*; del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*.

¹⁴ Ne hanno beneficiato diverse categorie di cittadini comunitari economicamente non attivi: i cittadini comunitari che cessavano la propria attività lavorativa (direttiva 90/365), ovvero lavoratori pensionati o licenziati; gli studenti (direttiva 90/366); nonché i cittadini comunitari diversi da quelli rientranti nelle due categorie di cui sopra (direttiva 90/364). L'intera materia è stata poi oggetto di regolamentazione organica da parte della direttiva 2004/38 del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

¹⁵ Entrambe approvate dal Consiglio il 6 dicembre 1993.

¹⁶ Anno in cui per la prima volta ha trovato applicazione la decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio, del 20 settembre 1976.

¹⁷ Direttiva (UE) 2015/637 del Consiglio, del 20 aprile 2015, sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE.

dell'Unione. Questo si è arricchito man mano che l'*acquis* comunitario cresceva, aumentando le garanzie dell'individuo – non solo come produttore e fruitore di beni e servizi – e trova una sistemazione ben più articolata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000 e divenuta vincolante con il Trattato di Lisbona.

Proprio in relazione alla cittadinanza vale la pena di sottolineare la peculiarità della Carta di Nizza rispetto alle più “classiche” carte dei diritti fondamentali. Infatti essa si presenta come un testo unico dei diritti europei, che riunisce e fa dialogare tra loro i diritti fondamentali della persona e i diritti del cittadino europeo, che vanno ben al di là del catalogo dei diritti attribuiti ad ogni individuo non solo perché vi si affiancano importanti diritti civili e politici, ma anche e soprattutto perché vi si cumulano una serie di diritti che sono il portato dello spazio normativo europeo e che discendono in linea diretta dal principio di non discriminazione tra cittadini degli Stati membri. Il più illustre è forse il diritto di libera circolazione e di stabilimento con tutti gli importanti corollari legati al diritto del lavoro, al diritto del consumatore e del fruitore di servizi. È importante ricordare che la definizione della categoria dei servizi è ampia e va ben al di là della sfera più strettamente mercantile e della nozione privatistica, includendo – ad esempio – la sanità o l'istruzione, poco importa che il prestatore sia pubblico o privato. Il ruolo della Corte nel dare corpo e sostanza a questi diritti è ben noto.

3. È solo con la revisione operata a Lisbona e dunque con il nuovo Trattato istitutivo dell'Unione europea entrato in vigore nel 2009, però, che la cittadinanza è messa direttamente in relazione con i principi democratici e che l'Unione si definisce in termini politici grazie ad essi.

Se la natura dell'Unione come democrazia (o come repubblica)¹⁸ non è statuita a chiare lettere in apertura del Trattato – a confermare la ben nota reticenza verso scelte terminologiche che lasciano precludere/temere/sperare in un'evoluzione verso la statualità – difficilmente si poteva contestare, già prima dell'ultima revisione dei Trattati, l'impegno al rispetto di una serie di valori democratici codificati nell'art. 2 del Trattato: un elenco ritoccato più volte, sempre con l'intento di accrescere e precisare tale adesione valoriale. Oggi, questo articolo recita: “L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

La vera svolta nel rapporto cittadini-Unione avviene con l'inserzione nel TUE del titolo II intitolato “Disposizioni relative ai principi democratici” (articoli 9-12)¹⁹

¹⁸ Oggi pensare l'Unione come democrazia è culturalmente “digeribile”, ben più indigesto sarebbe l'impiego del termine “repubblica”, tradizionalmente associato allo Stato. Eppure, fino ad appena due secoli fa i due termini – il primo di derivazione greca, il secondo latina – erano considerati interscambiabili. R. A. DAHL, *Sulla Democrazia*, Roma, 2006, II ed. it., p. 19.

¹⁹ Sui quali si rinvia, per un inquadramento generale, ai contributi di M. CONDINANZI, P. PIRODDI e M.C. BARUFFI, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 48 ss., e ai commenti di F. DONATI e PI. MENGOZZI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 84 ss.

e più specificamente con l'art. 10 che – letteralmente – fonda il funzionamento dell'Unione sulla democrazia rappresentativa.

Nello specifico, il suo par. 2 precisa: “I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini”.

Se i primi cui si fa riferimento sono i cittadini dell'Unione, che legittimano direttamente attraverso il voto il Parlamento europeo, i cittadini che indirettamente legittimano i membri del Consiglio europeo – attraverso le rispettive modalità costituzionali – sono i cittadini degli Stati membri (i “loro”). L'ambivalenza terminologica non è casuale nonostante le due categorie, a norma del precedente art. 9, coincidano (“è cittadino dell'Unione chi ha la cittadinanza di uno Stato membro”). E ciò perché diversi sono i canali attraverso cui la legittimazione opera: europeo il primo, nazionali i secondi; pur ricadendo entrambi nello schema concettuale della democrazia rappresentativa, diretta la prima, indiretta la seconda²⁰.

Sempre nell'art. 10 troviamo due affermazioni importanti quanto ai diritti/doveri di partecipazione del cittadino, tanto in veste di attore che di controllore: “Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini”. Infine, in chiusura, una previsione che si caratterizza per essere ancora programmatica e tutta da concretizzare: “I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione”.

La creazione di formazioni politiche europee sembra essere importante al fine di colmare quel vuoto nello spazio politico europeo che ancora porta a dubitare che ci sia un'opinione pubblica ed uno spazio dialettico nel quale le scelte politiche si formano. I partiti politici sono infatti ancora ed esclusivamente (tranne sporadici tentativi) nazionali e seppur confederati in famiglie europee che trovano espressione nei gruppi politici parlamentari, non consentono a chi vi partecipa di svolgere – fuori dalle istituzioni – una vera esperienza politica “europea”²¹.

Diverso è il caso della partecipazione alle formazioni della società civile, alcune delle quali autenticamente europee. È un dato questo che il successivo art. 11 riconosce e codifica, ponendo il principio della democrazia partecipativa²². Anche in

²⁰ Come scrivono Y. BORGMANN-PREBIL, M. ROSS, nel commento all'art. 9, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Berlin, 2013, p. 399: “The significance of the nexus between citizenship and democracy readily transpires when a normative perspective on participation is adopted. Citizens' participation constitutes an inherent value of democratic governance and facilitates the rise of individuals above their private existence. With regard to the democratic legitimation of the Union, the subject of legitimation is the entirety the citizens of the Union, who are at the same time citizens of their MS, whereby there is no competition in law between the two statuses”.

²¹ Si veda I. INGRAVALLO *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, pp. 211-233.

²² V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *European Public Law*, 2010, p. 123 ss.; J. MENDES, *Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1849 ss.; M. MORELLI, *La democrazia partecipativa nella governance dell'Unione europea*, Milano, 2011; G. MORGESSE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 37; M. STARITA, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 29; P. GARGIULO (con la col-

questa disposizione vi è un'ampia ricorrenza della parola cittadini, come ricorrono più volte le loro forme associative. I primi tre paragrafi sono dedicati al vario atteggiarsi del dialogo tra le istituzioni e le associazioni rappresentative e la società civile. Le istituzioni “danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione”. Il secondo dispone che le istituzioni “mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile”, mentre secondo il terzo la Commissione, al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza, “procede ad ampie consultazioni con le parti interessate”. Accanto a queste previsioni vanno poi annoverate forme di dialogo più risalenti, come il diritto del cittadino europeo di inviare petizioni al Parlamento (art. 24 TFUE, già 21 TCE) o il dialogo tra le parti sociali (art. 150 TFUE, già 130 TCE, e art. 152 TFUE). È interessante notare come quelle che prima erano semplici prassi diventano elemento caratteristico della vita democratica dell'Unione, espressione codificata di una democrazia partecipativa. Questo dialogo con la società civile è più sviluppato e codificato a livello europeo di quanto non lo sia a livello nazionale, almeno per quanto riguarda il nostro Paese.

Il par. 4, infine, prevede che almeno un milione di cittadini dell'Unione, appartenenti a un numero significativo di Stati, possano prendere l'iniziativa di invitare la Commissione a presentare una proposta appropriata²³. Si può discutere della qualificazione di questo strumento come elemento di democrazia diretta, poiché l'iniziativa dei cittadini precede e sollecita l'iniziativa formale della Commissione, non configurandosi quale passaggio autonomo di un *iter* legislativo. Siamo quindi sempre comunque nell'ambito della democrazia partecipativa. Il ruolo di filtro operato dalla Commissione non senza una certa discrezionalità, ha sollevato interessanti dibattiti in dottrina, supportati da una prassi ancora troppo recente per potersi definire consolidata, ma comunque controversa²⁴.

laborazione di L. MONTANARI), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012; C. MARXSEN, *Participatory Democracy in Europe: Article 11 TEU and the Legitimacy of the European Union*, in F. FABBRINI, E. HIRSCH BALLIN, H. SOMSEN (eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Oxford, 2015, p. 151 ss.; C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea*, Napoli, 2016.

²³ Poi precisato dal regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante l'iniziativa dei cittadini (versione consolidata 1° luglio 2014). Sul tema v. I. INGRAVALLO, *Brevi note sull'iniziativa legislativa dei cittadini europei*, in *La Comunità Internazionale*, 2010, p. 251 ss.; F. RASPADORI, *La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 675 ss.; M. DOUGAN, *What Are We to Make of the Citizens' Initiative?*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1807 ss.; N. LEVRAT, *L'iniziativa citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?*, in *Cahiers de droit européen*, 2011, p. 53 ss.; A. SANTINI, *Il regolamento sull'iniziativa dei cittadini: verso l'attuazione di un nuovo strumento di democrazia partecipativa dei cittadini*, in N. PARISI e al. (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 659 ss.; F. FERRARO, *Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 523 ss.; U. VILLANI, *Les principes démocratiques et l'iniziativa citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne*, in V. KRONENBERG, M. T. D'ALESSIO, V. PLACCO (co-ords.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Unione européenne à la croisée des chemins*, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, Bruxelles, 2013, p. 198 ss.; da ultimo I. INGRAVALLO, *L'iniziativa dei cittadini europei a dieci anni dal Trattato di Lisbona: luci ed ombre*, in *La Comunità Internazionale*, 2017, pp. 241-253; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, III ed., p. 79 ss.

²⁴ Per un primo bilancio sull'impiego e l'efficacia di questo non più tanto nuovo istituto democratico si rinvia a I. INGRAVALLO, *L'iniziativa dei cittadini*, cit., pp. 241-253, e ad A. SANTINI, *L'iniziativa dei*

4. Questa cittadinanza europea si caratterizza per l'attribuzione – come illustrato nel par. 2 – di un paniere di diritti arricchitosi nel tempo e in buona misura sorto già prima del dato formale della sua esistenza. Essa si estrinseca politicamente in un ruolo legittimante delle istituzioni politiche europee: direttamente del Parlamento, indirettamente del Consiglio e del Consiglio europeo, in via mediata della Commissione, frutto di nomina del Consiglio europeo e del voto di fiducia del Parlamento. Si esercita altresì attraverso una serie di diritti di partecipazione da esercitarsi individualmente e collettivamente.

Siamo in presenza di una nozione prettamente giuridica, che non sembra voler evocare alcuna idea di appartenenza, fedeltà, tanto meno – per definizione – esclusività. Appare dunque assente quella terza qualità della cittadinanza evocata in premessa, l'attitudine ad identificare un popolo. Sulle specificità di questa cittadinanza molto si è scritto²⁵ soprattutto in negativo, per evidenziarne i limiti e la ridotta attribuzione di diritti. E tuttavia essa rimane uno *status* – per quanto poco visibile, se non nel formato del passaporto – unico nel suo genere: la cittadinanza di un ordinamento che non è uno Stato sovrano. E questa è forse la spiegazione per l'assenza di tale qualità.

A spiegare tale scelta – perché, a nostro avviso, di scelta si tratta – vi è la sua collocazione in un ordinamento che rifiuta i caratteri della statualità e che, sin dalle origini, ha fatto del principio di non discriminazione una chiave di volta, una passerella tra i molti popoli e la cittadinanza comune. La scissione operata tra i due concetti di cittadinanza e di nazionalità sarebbe dunque elemento fondante di un progetto politico preciso²⁶, che si riflette nel motto “Unità nella diversità”.

Sebbene, infatti, si siano ritoccati gli articoli 10 e 14 TUE relativi alla legittimazione del Parlamento europeo con la sostituzione dei cittadini ai “popoli degli Stati membri”²⁷, questi ultimi continuano ad esistere nel Trattato in contesti significativi.

La cittadinanza, come puro concetto giuridico, diventa una scelta forte laddove vale a sostituire il popolo, termine che porta invece con sé quel substrato di storia, cultura, religione, trascorsi comuni che identificano le collettività nazionali. Lo sostituisce però solo nel rapporto tra individui e istituzioni europee: in tale relazione gli individui sono cittadini europei.

L'obiettivo dell'Unione non è certo quello di eliminare i popoli – intesi come popoli degli Stati membri. Questo risulta chiaro sin dall'art. 1 TUE in cui si fa riferimento ad una “unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”, che ha l'obiettivo, come precisa l'art. 3, “di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli” che si conclude con il richiamo alla ricchezza della sua diversità culturale e linguistica.

Quella che le scelte terminologiche nel Trattato di Lisbona chiariscono ormai definitivamente è dunque una chiara separazione di campo tra *politeia* e *demos*: tra una serie di *demoi* nazionali, che convivono pacificamente, ed una *politeia* europea, fatta di valori, principi e regole.

cittadini europei e la conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione: considerazioni alla luce del caso Efler, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, pp. 1077-1093.

²⁵ Si vedano, *ex multis*, B. NASCIBENE *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; nonché E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, pp. 1255-1296.

²⁶ Si veda E. TRIGGIANI, *op. ult. cit.*, p. 1260.

²⁷ Si vedano gli articoli 189 e 190 TCE precedenti alla riforma di Lisbona.

La distinzione risulta chiarissima nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali: “l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la *cittadinanza* dell’Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L’Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei *popoli* d’Europa, nonché dell’identità nazionale degli Stati membri” (corsivi aggiunti).

Dunque, l’integrazione europea come processo giuridico senza un vero afflato popolare – che convive con forti identità nazionali – non è necessariamente una debolezza del sistema, un processo incompiuto, un limite, ma appare piuttosto una scelta. Tra i Paesi europei ci sono elementi forti di comunanza culturale, soprattutto se osservati in prospettiva, nel contesto di un mondo globalizzato. Le comuni “eredità culturali, religiose e umanistiche” menzionate nel preambolo non sono un’invenzione retorica ma un preciso retaggio storico. Tuttavia, si preferisce fondare l’ordinamento europeo su una “cittadinanza senza popolo”. Tale scelta ha i suoi vantaggi: da un lato essa risponde meglio all’esigenza di assicurare i paladini della sovranità nazionale, attenua il rischio di reazioni nazionalistiche o l’insorgere di paure (anche irrazionali) come quelle che hanno determinato il naufragio del progetto di costituzione o la Brexit. Dall’altra, non confligge con le identità nazionali richiamate e garantite nel Trattato e promuove un modello di integrazione fondato sulla coesistenza delle diversità ben diverso dal modello del *melting pot* americano.

D’altro canto, l’appartenenza ad una *politeia* espressa in termini puramente giuridici si presenta quale vera novità del modello europeo, replicabile in altre aree territoriali o in organizzazioni globali²⁸ – passibili di vedersi un giorno riconosciute altrettante cittadinanze parziali – e apre la porte a cittadinanze plurime e cumulabili, che non confliggono tra loro. Infine, previene l’insorgenza di un possibile nazionalismo europeo, nota malattia degenerativa delle identità locali o nazionali.

Sebbene questa scelta di incorporare cittadinanza e popolo – che nella gran parte delle realtà statuali sono sovrapponibili – presenti indubbi vantaggi, non possono esserne taciuti i limiti.

Il sistema, pur formalmente democratico, è sostanzialmente percepito come ancora distante dai suoi cittadini. La sua formula democratica – per l’essere esplicitamente *sui generis* e sostanzialmente scollegata dall’appartenenza identitaria che caratterizza la nazionalità – costringe ad uno sforzo di astrazione oggettivamente lontano dal comune “sentire” e certamente più difficile da comunicare.

La Commissione europea ha tentato di favorire la crescita di consapevolezza da parte dei cittadini del proprio *status* europeo²⁹, anche varando campagne di comunicazione *ad hoc*³⁰, ma senza grandi risultati.

²⁸ Come prospettato da A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 315 ss.

²⁹ Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, del 27 ottobre 2010, ai sensi dell’articolo 25 TFUE sui progressi verso l’effettiva cittadinanza dell’UE 2007-2010, COM(2010)603 def.

³⁰ COM(2005)494 def., COM(2006)35 def., COM(2007)568 def., consultazioni europee dei cittadini, COM(2002)704 def., lanciate con l’acronimo “EUdeb8”.

Ci si chiede a questo punto se anche una *politeia*, come un *demos*, possa generare un senso di identità e venire percepita come appartenenza.

Se si volesse cercare una cifra identitaria sulla quale costruire un sentimento di appartenenza, questa andrebbe reperita non nella comunanza che tradizionalmente costituisce il fondamento della nazionalità (cultura, lingua, religione), ma nella condivisione dei valori cardine dell'ordinamento: il rispetto della dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo stato di diritto e il rispetto dei diritti dell'uomo, il rispetto delle diversità e la non discriminazione tra le cittadinanze³¹. Se questo paniere di valori è atto a identificare oggi tutte le democrazie mature, proprio il pluralismo ci sembra assurgere a valore caratterizzante dell'Unione, non a caso espresso nel suo motto "unità nella diversità".

L'Europa vive l'ossimoro di un'identità plurale, frutto della sua storia ed elemento genetico del suo patto fondativo. Il risultato è una *politeia* costituita di *demoi*, come i Trattati espressamente chiariscono. Proprio questa pluralità ci riporta alla sua formula politica di *governance* multilivello.

5. La Corte di giustizia, statuendo nel lontano 1963³² che la Comunità è un ordinamento "di nuovo genere" e "che riconosce come soggetti non solo gli Stati, ma anche i loro cittadini" ha fatto ben più che sottolineare l'importanza dei cittadini in quanto destinatari e beneficiari di norme europee, li ha in realtà inseriti di pieno diritto nella formula comunitaria della sovranazionalità, che contribuiva in quel momento a definire.

Comunità, Stati e cittadini sono tutti elementi essenziali di un modello prima di allora inedito, cui ci si riferisce oggi come modello di integrazione sovranazionale, ovvero dotato di un apparato istituzionale sopra o "sopra" gli Stati nazionali ed atto ad esprimere una volontà propria, in virtù di poteri vincolanti e di un'effettività che è il portato di un apparato istituzionale completo di organi di controllo e giudiziari. Si tratta di una volontà propria legittimata da un rapporto diretto con i cittadini che sono, nella fase ascendente, elettori delle due camere legislative: il Parlamento e il Consiglio – sia pure in via mediata la seconda. Questi sono altresì, nella fase discendente, destinatari di norme che in alcuni casi non hanno bisogno dell'attuazione statale (regolamenti, decisioni), in altri casi attuate per il tramite di norme statali, ma senza che ai Parlamenti nazionali sia consentito discostarsene, quindi senza una mediazione della sovranità statale. In entrambe le fasi sono altresì controllori, sia attraverso il ricambio dei decisori operato tramite elezioni, sia attraverso i meccanismi giurisdizionali e di controllo che possono adire.

La *sovranazionalità*, che nell'invenzione di Jean Monnet aveva una coloritura ancora tecnocratica nel ruolo centrale dell'Alta autorità (sia pure arricchita di innegabili elementi politici), diventa grazie alla Corte di giustizia e alle successive evoluzioni del Trattato – culminate nel titolo II TUE – *democrazia sovranazionale*³³.

³¹ Tali valori, enunciati nell'art. 2 TUE, ricorrono più volte nelle carte europee e nella legislazione. Il rispetto degli stessi è, ad esempio, richiamato quale requisito per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee che volessero iscriversi nell'apposito registro, creato con regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee.

³² Vedi *supra*, nota 2.

³³ Si veda O.S. VOLGIN, *On Supranational Democracy*, in *Journal of Law and Administration*, 2017, pp. 37-43.

Questa può progressivamente acquisire corpo e sostanza nello svilupparsi di una dimensione politica e partitica europea cui sicuramente contribuisce la prassi – che ambisce a diventare regola – dello *Spitzenkandidat*, ovvero la designazione del Presidente della Commissione attraverso le elezioni europee³⁴.

Se il principio di legittimazione vale innegabilmente a qualificare come democratica la formula di governo dell'Unione, non bisogna dimenticare che essa deriva credibilità da un altrettanto fondante principio di responsabilità, nella doppia accezione politica e giuridica.

Questo, che nella terminologia anglosassone viene più ampiamente definito come *accountability*, è il principio per il quale, se i parlamentari europei sono responsabili dinanzi ai rispettivi elettori ed i membri del Consiglio e del Consiglio europeo dinanzi ai rispettivi Parlamenti, la Commissione è responsabile dinanzi al Parlamento, che può sfiduciarla, ma anche controllarne l'operato tramite interrogazioni parlamentari, commissioni d'inchiesta, relazioni del Mediatore. Fondamentale è altresì il ruolo di una Corte europea a garanzia dell'osservanza dei Trattati da parte di organi e Istituzioni, di un Mediatore che interviene su richiesta del cittadino, a verificare i casi di cattiva amministrazione su cui riporta al Parlamento, di una Corte dei conti nel ruolo di revisore esterno indipendente, di un Ufficio europeo per la lotta antifrode.

Il sistema c.d. di *checks and balances* su cui si fonda l'equilibrio istituzionale europeo vede sempre il cittadino come elemento legittimante e come beneficiario ultimo di meccanismi di responsabilità e controllo, cui può contribuire direttamente e indirettamente.

Alle origini di questa idea di pesi e contrappesi sarebbe proprio la pluralità, nella riflessione di Machiavelli prima e di Montesquieu poi: una pluralità di autorità e di sovrani costretta dalla storia europea a coesistere e a fare i conti con l'interdipendenza. Il pluralismo e i suoi frutti sarebbero dunque nel DNA della cultura europea e dell'Unione³⁵.

Se a questi elementi giuridici e istituzionali si aggiungono una serie di principi quali: l'obbligo di motivazione degli atti, il principio di trasparenza e di accesso, il principio per il quale le decisioni sono prese al livello più vicino possibile ai cittadini (rafforzato dai due principi sulle competenze, di proporzionalità e di sussidiarietà), si comprende bene come i cittadini, di questa formula, facciano sempre e comunque parte. La facile critica per la quale l'Unione sarebbe poco democratica perché il Parlamento europeo – ormai divenuto camera legislativa a tutti gli effetti – sarebbe privo dell'iniziativa legislativa, pecca nel perdere di vista un quadro d'insieme composito e composto di plurime garanzie democratiche.

È un quadro d'insieme originale che, nella misura in cui è atto a garantire legittimazione, *accountability* e inclusione, si presenta come l'unico modello esistente – per quanto perfettibile – di democrazia sopra lo Stato e, non a caso, il più imitato nelle aggregazioni regionali di Stati. Alcuni spunti offerti dal modello europeo sono

³⁴ È questo quanto avvenuto nelle ultime elezioni europee, sul fondamento dell'art. 17, co. 7, TUE. La Commissione ha presentato una proposta di regolamento in tal senso – COM(2012)499 def. –, che è stata fatta propria dal Parlamento nella sua risoluzione (IP/12/951) e ha di fatto condizionato il processo di designazione del Presidente della Commissione.

³⁵ M. NICOLETTI, *L'Idea di cittadinanza europea*, in *Anthropologica*, 2014, pp. 237-252.

oggi atti ad ispirare innovazioni anche ad organismi internazionali globali in cerca di legittimazione e consenso³⁶.

Accanto a questa *politeia* europea – che svolge la duplice funzione di costruire un’area di diritti/doveri e di legittimare le Istituzioni sovranazionali senza essere popolo europeo – un’altra specificità caratterizza il modello di democrazia che ci troviamo a descrivere: l’assenza di un riferimento esplicito al connotato dell’auto-governo collettivo.

La “sovranità appartiene al popolo” è formula ricorrente nelle costituzioni, come può esistere una democrazia senza un popolo? Come sottolinea Ugo Villani³⁷, questo appare essere – e non da oggi – l’elemento essenziale e irrinunciabile della democrazia³⁸.

Ecco dunque che il riferimento ai popoli degli Stati membri opera un rimando implicito alle costituzioni nazionali che tali sovranità collettive riconoscono e codificano. La *politeia* europea integra dunque un secondo livello democratico che si alimenta del primo: non a caso, la democraticità dello Stato è requisito di ammissione all’Unione (art. 49 TUE).

Tutto ci dimostra, in ogni caso, come la legittimazione dell’Unione attraverso i cittadini, che data dagli anni ’60, abbia di fatto acquisito sostanza di riforma in riforma: dall’elezione diretta del Parlamento all’istituzione della cittadinanza, dall’introduzione di strumenti di consultazione e partecipazione all’introduzione della legge di (pre)iniziativa popolare, fino ad arrivare da ultimo – sia pure indirettamente – alla legittimazione del Presidente della Commissione attraverso le elezioni europee.

Tutto questo senza giungere mai, però, ad assurgere ad elemento identitario. Paradossalmente, proprio mentre l’Unione avanzava verso la progressiva integrazione con scelte talora anche forti e simboliche: i simboli negli anni Ottanta (la bandiera, l’inno) – la creazione dell’Unione e della cittadinanza, l’introduzione della moneta unica nel 1992 – parallelamente si preoccupava di garantire sempre più a chiare lettere il rispetto delle identità nazionali³⁹.

E tuttavia, la formula democratica della sovranazionalità dell’Unione si alimenta del dialogo con i cittadini quanto del pluralismo delle loro identità, di un continuo rimando tra sovranità condivisa e riserve di sovranità nazionali.

6. Sempre più nella percezione dei cittadini l’Europa appare distante e incomprensibile, più autorità esterna e superiore che spazio condiviso dell’agire politico. Tante le ragioni: dalla narrativa nazionale “della dissociazione” – per la quale la stampa e la classe politica attribuiscono all’Europa scelte e *diktat* come se essa fosse altro da sé – traendo un innegabile dividendo politico tanto dal “vincolo esterno”

³⁶ *Amplius* in S. CAFARO, *Democracy in International Organizations. Arguments in Support of a Supranational Approach*, in *The International Journal of Interdisciplinary Global Studies*, 2017, p. 7 ss.

³⁷ U. VILLANI, *Les principes démocratiques*, cit., p. 193.

³⁸ Si veda la risoluzione n. 55/96 del 4 dicembre 2000 dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, sulla promozione e il consolidamento della democrazia, che richiama il requisito della volontà popolare, già prescritto dall’art. 21, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 10 dicembre 1948.

³⁹ Si rinvia in proposito, *ex multis*, a A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417 ss.; B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pp. 152-154, e, più approfonditamente, a G. DI FEDERICO *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2017.

che legittima in patria scelte impopolari, quanto dall'attribuire responsabilità e colpe ad un soggetto terzo e apparentemente inattaccabile, ma che paga *ex post* il conto salato dell'euroscetticismo.

Tra le tante conseguenze di questa narrativa – una per tutte, la Brexit – vi è, per il cittadino europeo, anche l'oscuramento dell'incremento di diritti e garanzie frutto di settant'anni di esperienza comunitaria nonché la scarsa consapevolezza dei propri diritti civili e politici nello spazio europeo.

Ma ci sono altresì degli elementi oggettivi nella “macchina europea” che concorrono a spiegare la disaffezione dei cittadini. Quest'ultimo decennio di crisi finanziaria e di tensioni internazionali ha contribuito a portarli in piena luce.

Il principale è senz'altro il terreno – non sovranazionale, né democratico – dell'agire politico europeo nel campo della macroeconomia e di altri ambiti lasciati similmente al gioco intergovernativo, mera somma o composizione di interessi nazionali.

La comunità internazionale agisce attraverso organismi che per essere internazionali sono perciò stesso inter-governativi, e certamente questo non è in sé elemento deteriore. Il diritto internazionale classico tuttavia descrive e regola una realtà che sfugge ai parametri della democraticità: questi, semplicemente, non vi si applicano. La legittimità degli atti di un'organizzazione internazionale di tipo classico si fonda sul rispetto della *rule of law*, ovvero dello statuto dell'organizzazione stessa, e può ben discostarsene in tutti quei casi in cui la volontà condivisa di chi lo adotta non trova alcun bilanciamento in un'autorità giudiziaria, spesso non prevista. Non a caso, l'individuo non è ancora considerato – se non da dottrina minoritaria – un soggetto di diritto internazionale, ed i suoi diritti di partecipazione sono, laddove esistono – nell'ambito di alcune organizzazioni più innovative –, ben più ridotti di quelli che siamo abituati a conoscere nello spazio politico europeo.

Questa modalità di interazione tra gli Stati, classicamente internazionale, affiora qui e là nei Trattati europei in ambiti lasciati scoperti dalla formula sovranazionale.

Il più evidente oggi, a seguito della congiuntura negativa dell'ultimo decennio, è quello della politica economica. Quest'ultima è competenza non esclusiva né concorrente dell'Unione, ma di mero coordinamento delle politiche economiche nazionali.

Nei peggiori momenti della crisi dei debiti sovrani, la risposta dell'Unione e dell'eurozona – spesso tardiva o inadeguata – è stata frutto di strumenti di diritto internazionale o di misure nazionali coordinate, per il reperimento – nell'uno e nell'altro caso – di risorse esterne al bilancio dell'Unione, di per sé inadeguato a far fronte a tali emergenze.

Si rinvia ad altre e più approfondite analisi al riguardo⁴⁰, ma preme sottolineare come per il cittadino – destinatario di comunicazione politica e giornalistica – faccia poca differenza se l'Unione è competente in base ai Trattati o meno, se operi o meno per il tramite di istituzioni democratiche o quale sede di coordinamento di scelte nazionali ed intergovernative. È pur sempre “l'Europa”, che passa facilmente dunque dal ruolo di garante dei diritti a quello di matrigna che applica pesanti condizioni ai propri (?) prestiti e impoverisce con politiche di *austerity* i suoi figli.

Non troppo dissimili le conseguenze di alcune deliberazioni adottate per far fronte ai flussi migratori, che devono pur sempre fare i conti con la disposizione

⁴⁰ Si vedano le analisi e la bibliografia riportati in S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, 2017.

dell'art. 79, par. 5, TFUE: “Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo”.

O ancora le conseguenze della difficoltà ad assumere decisioni in materia di politica estera e di sicurezza o di armonizzazione fiscale, su cui pesa ancora il vincolo dell'unanimità⁴¹.

Per il cittadino l'Unione e l'Europa sono la stessa cosa e se l'una non è in condizioni di agire, l'altra non agisce quanto e come dovrebbe. È questo il limite del principio di attribuzione che condanna l'Unione ad essere sempre in ritardo sulle esigenze storiche, perché gli accadimenti che reclamano un intervento imprevisto non sono – quasi mai – già prospettati in un'attribuzione di competenze da parte dei Trattati. È questa è anche la condanna alla revisione permanente, resa impervia dal fatto che il clima di euroscetticismo derivante dalla non azione finisce per paralizzare proprio l'azione futura, traducendosi in profezia autorealizzante.

E poi c'è la percezione ingigantita, ma non falsa, della tecnocrazia, che in alcuni ambiti, come la gestione della moneta, ha ben ragion d'essere, in altri finisce per essere un surrogato o un palliativo in assenza dell'agire politico.

È su questi fronti che si gioca la partita della democrazia europea e passa per il cittadino, che solo se consapevole degli “anelli mancanti” e della necessità del proprio supporto per costruirli, può beneficiare pienamente del proprio ruolo nell'ambito della *politeia* europea, *politeia* che ha senso e ragion d'essere proprio nella dialettica tra istituzioni e cittadini.

Abstract

The Role of Citizens in the Democratic Formula of the European Union

Citizenship is a complex legal, political and sociological notion: it describes the individuals' relationship with a State, their interaction with its political system as a *politeia*, their belonging to a community, as a nation or, even better, a *demos*.

The article highlights how citizens are an essential element of the EU's original democratic formula defined as supranational and how it has been so well before the Maastricht Treaty (1992) which established the European citizenship.

The peculiarity of this citizenship without a State is made even more peculiar by the choice – clearly stated in the EU treaties – to respect the multiple European national identities (the many *demos*) as building blocks of a system whose core value is pluralism.

As a consequence, European citizenship cannot but create a *politeia*, a legal notion which cannot inspire the same strong feelings of belonging which citizens still attach to national citizenships.

This link between the individuals and the European Union – as necessary as it is in shaping the supranational legal order – is weak and easily threatened by misunderstandings. This happens to be especially true when citizens are confronted with EU political choices in foreign or economic policy having an intergovernmental matrix, from which they feel, rightly, disconnected.

⁴¹ Il tema è complessivamente sviluppato in U. VILLANI, *Crisi dell'Unione, “fuga” dall'Europa e iniziative di rilancio*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 3 ss.

Giuseppina Pizzolante*

L'istituto islamico dell'*hawala* e il riciclaggio di denaro: le nuove sfide per la legislazione finanziaria dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. Globalizzazione e riciclaggio: effetti dell'attività criminale su economia e finanza. – 2. Circuiti formali ed informali di trasferimento di fondi fra sistemi convenzionali e diritto islamico: il caso *hawala*. – 3. Caratteristiche tecniche e principi di funzionamento del modello *hawala* in grado di sviluppare transazioni illecite. – 4. Le iniziative internazionali e l'attività dell'Unione europea nel campo della prevenzione e del contrasto al riciclaggio con particolare riguardo al settore della cooperazione penale. – 5. Abusi finanziari, reati finanziari e *hawala*: misure di sequestro probatorio e preventivo. – 6. L'affermazione di un approccio di tipo preventivo: l'adozione della quarta direttiva dell'Unione europea per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. – 7. I presupposti per lo svolgimento della verifica della clientela e gli obblighi in capo ai prestatori di servizi di pagamento. – 8. Limiti di applicabilità del quadro normativo alla rete *hawala*: l'esclusione dal meccanismo di verifica degli importi di modesto valore. – 9. Il ruolo della valutazione del rischio e l'obbligo di segnalazione all'Unità di informazione finanziaria. Il bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardia dell'autonomia privata e il bisogno di controlli a tutela dell'interesse pubblico. – 10. La necessità di superare per i circuiti *hawala* il meccanismo dell'autoregolamentazione. La costruzione di un modello di prevenzione e contrasto che valorizzi le specificità e l'unicità dell'istituto. – 11. I pilastri "etici" della finanza islamica. Verso una nuova architettura del sistema finanziario internazionale?

1. È opinione comune che il riciclaggio di denaro sia una minaccia per le moderne società perché consente a organizzazioni criminali e terroristi di nascondere e convertire con successo i guadagni illeciti, alimentando la crescita organizzata del crimine internazionale. Come è noto, la fattispecie è stata oggetto di disciplina a livello comunitario prima ancora che venisse istituito il Terzo pilastro dell'Unione europea¹ in quanto se ne è subito evidenziato il legame con il principio della libera circolazione dei capitali² che, da un lato, facilita il riciclaggio, dall'altro,

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Sulla struttura a pilastri dell'Unione europea e sugli sviluppi successivi v., per tutti, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 8 ss.

² Per una più ampia panoramica della questione, v. E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 85 ss.

come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, limita i poteri degli Stati di adottare misure amministrative di controllo³.

Più in generale, lo sviluppo incessante dei pagamenti *online* e l'*online banking* hanno incrementato le opportunità di commettere reati finanziari⁴. In tale categoria rientrano diversi generi di criminalità, rendendosi difficoltoso sviluppare una definizione completa e inequivocabile del fenomeno⁵. La crisi economica globale ha altresì dimostrato l'importanza di un apparato finanziario sano, soprattutto in una società che ha trasformato la finanza "nel sistema politico dominante a livello mondiale, capace di unificare le civiltà preesistenti in una sola civiltà-mondo, e al tempo stesso di svuotare di sostanza e di senso il processo democratico"⁶.

D'altro canto, l'aumento dei flussi migratori, come emergerà meglio nel prosieguo, ha delineato nuove minacce per l'Europa, sia in termini di sicurezza sociale, sia con riferimento alle strutture economiche e finanziarie degli Stati. I sistemi di rimessa informali facilitano il trasferimento di denaro, consentendo ai clandestini, i quali non possono utilizzare l'impianto bancario convenzionale, di trasmettere moneta nei Paesi di provenienza⁷.

Possono essere definiti canali informali tutti quei metodi per inviare denaro che non si servono di operatori o strumenti rientranti in un sistema economico ufficiale e, dunque, sottoposti ad un controllo da parte delle autorità. Nei circuiti informali di trasferimento fondi si annidano i maggiori rischi, oltre che sotto il profilo del riciclaggio, anche sotto quello del finanziamento al terrorismo internazionale⁸.

³ Così G. CARELLA, *Riciclaggio degli strumenti e dei proventi di reato. Introduzione*, in G. CARELLA, M. CASTELLANETA, A. DAMATO, G. PIZZOLANTE (a cura di), *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 773 ss. Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 23 febbraio 1995, C-358/93, *Bordessa e a.*, e del 14 dicembre 1995, C-163/94, *L.E. Sanz de Lera e a.*, che hanno escluso la legittimità di autorizzazioni statali alle esportazioni di capitali.

⁴ H. CROALL, *Understanding White Collar Crime*, Philadelphia, 2001; T. MOORE, *The Promise and Perils of Digital Currencies*, in *International Journal of Critical Infrastructure Protection*, 2013, p. 147 ss.

⁵ P. GOTTSCHALK, *Categories of Financial Crime*, in *Journal of Financial Crime*, 2010, p. 441 ss.

⁶ L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2013, II ed., p. 13.

⁷ A. KOSSE, R. VERMEULEN, *Migrants' Choice of Remittance Channel: Do General Payment Habits Play a Role?*, in *World Development*, 2014, p. 213 ss. La definizione di "sistemi di rimessa" o "remittance systems" è ricavabile dai *General Principles on International Remittance Services*, p. 8, pubblicati da CPSS-World Bank, reperibili *online*. La definizione di "rimessa di denaro" è ricavabile, fra l'altro, dalla direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, dove si definisce come tale "un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore, senza che siano stati aperti conti di pagamento intestati al pagatore o al beneficiario, unicamente allo scopo di trasferire una somma corrispondente a un beneficiario o a un altro prestatore di servizi di pagamento che agisce per conto del beneficiario, e/o in cui tali fondi sono riscossi per conto del beneficiario e resi disponibili a quest'ultimo" (art. 4, n. 22).

⁸ M. CONDEMI, F. DE PASQUALE (a cura di), *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, n. 60, Banca d'Italia, 2008, reperibile *online*.

Il Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI)⁹ utilizza al riguardo la seguente definizione: “i sistemi di rimessa alternativi coprono qualsiasi sistema utilizzato per il trasferimento di denaro da un luogo a un altro e generalmente operanti al di fuori dei canali bancari. I servizi inclusi in questo ampio spettro di distribuzione vanno da quelli gestiti da grandi multinazionali a piccole reti locali. Può avere natura legale o illegale e fare uso di una varietà di metodi e strumenti per trasferire il denaro”¹⁰.

La valutazione sovranazionale dei rischi ha dimostrato che il mercato interno dell'UE è particolarmente sensibile alle problematiche di riciclaggio¹¹. I criminali utilizzano un'ampia gamma di metodi per raccogliere e spostare fondi, impiegano schemi sempre più complessi e sfruttano opportunità più sofisticate di riciclaggio offerte dalla comparsa di servizi e prodotti nuovi¹². La prevenzione dell'utilizzo improprio del sistema finanziario è fondamentale per limitare la capacità dei criminali di operare e per privare la criminalità organizzata dei vantaggi economici che sono l'obiettivo finale delle molteplici attività illegali¹³.

⁹ Nel 1989 a Parigi, su iniziativa degli Stati del G7, è stato creato il *Financial Action Task Force* (FAFT) o *Groupe d'action financière*/Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI), un organismo intergovernativo con l'intento di elaborare norme e promuovere l'effettiva attuazione delle misure giuridiche, regolamentari e operative per lottare contro il riciclaggio di denaro, e incoraggiare i governi dei vari Stati ad istituire i necessari strumenti legali allineati agli standard internazionali per il perseguimento di questo crimine. In seguito agli attacchi terroristici del 2001, il FAFT ha affiancato alle 40 raccomandazioni sul riciclaggio di denaro (*Recommendations on Money Laundering*) formulate negli anni, altre 9 *Special Recommendations on Terrorism Financing*, specifiche quindi al tema del finanziamento al terrorismo. Il confine tra attività criminali e terroristiche non è netto, ma anzi, spesso le due possono arrivare a coesistere: infatti, il traffico di droga rappresenta una delle fonti più importanti per raccogliere fondi per il finanziamento delle proprie attività. Le raccomandazioni sono reperibili *online*. FATF, *The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, Paris, 2012.

¹⁰ Reperibile *online*. La raccomandazione speciale VI sui “sistemi alternativi di rimessa”, allo scopo di inquadrare i diversi servizi di trasferimento di denaro, delinea tre profili, in linea con le pertinenti raccomandazioni GAFI. La raccomandazione chiarisce che le diverse legislazioni dovrebbero richiedere la concessione di licenze o la registrazione di persone o entità legali che forniscono servizi di trasferimento di denaro, anche attraverso sistemi o reti informali; che i servizi di trasferimento di denaro/valore, compresi i sistemi informali o reti, dovrebbero essere soggetti alle quaranta raccomandazioni e alle otto speciali raccomandazioni GAFI. Infine, le giurisdizioni dovrebbero essere in grado di imporre sanzioni nel caso di reti informali di sistemi che non riescono a ottenere una licenza/registro e non riescono a rispettare le pertinenti raccomandazioni del GAFI. Si veda la nota interpretativa del GAFI relativa alla VI raccomandazione speciale, reperibile *online*.

¹¹ Così V. RUGGIERO, *La criminalité économique et financière en Europe*, in V. RUGGIERO, P. PONSASERS (eds.), *La criminalité économique et financière en Europe*, Paris, 2002, p. 7 ss.

¹² L. BUENCAMINO, S. GORBUNOC, *Informal Money Transfer Systems: Opportunities and Challenges for Development Finance*, DESA Discussion Paper, 2002, n. 26; FATF, *Combating the Abuse of Alternative Remittance Systems: International Best Practices: Financial Action Task Force*, Paris, 2003; Id., *Report on New Payment Methods*, Paris, 2006; Id., *Best Practices Paper on Trade Based Money Laundering*, Paris, 2008.

¹³ In questo senso, v. relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfrontaliere, del 26 giugno 2017, COM(2017)340 def. P. M. JOST, H.S. SANDHU, *The Hawala Alternative Remittance System and its Role in Money Laundering*, Lyon, 2000; R. BALLARD, *Coalitions of Reciprocity and the Maintenance of Financial Integrity within Informal Value Transmission Systems: The Operational Dynamics of Contemporary Hawala Networks*, in *Journal of Banking Regulation*, 2005, p. 319 ss.

2. Le modalità “alternative” attraverso le quali si realizzano i trasferimenti di denaro sono diverse. Tra queste, ricordiamo i *money transfers*, sistemi a compensazione, creati appositamente per piccole cifre di denaro. Il trasferimento non avviene tramite una fonte tracciabile, ma mediante degli ordinativi che autorizzano a rilasciare una determinata cifra utilizzando il lavoro di intermediari¹⁴.

Tuttavia, i *money transfers* non costituiscono il nodo della questione, essendo decisivo il ruolo svolto da alcune forme di finanza parallela. Il controllo e la conoscenza dei meccanismi di finanziamento di tali canali è indispensabile, poiché, in questi ultimi anni, fiscalità e criminalità si intrecciano in proiezione internazionale.

Il più diffuso è un sistema creato secoli fa in India e Cina, conosciuto col nome di *hawala*¹⁵, diventato, negli anni, un sistema bancario informale¹⁶. Il termine, di origine indiana, significa “scambio”, “fiducia” e difatti gli *hawala* possono essere assimilati ad una cambiale, un pagherò, un assegno¹⁷. L'*hawala banking* (o *trading*) assume denominazioni diverse nelle differenti aree geografiche di riferimento. È conosciuto, in particolare, come *Stash-House*, *chit banking*, *chop banking* e *hundi banking*.

Nel sistema economico islamico, dominato, fino agli inizi degli anni '70, quasi esclusivamente dall'*hawala*, le banche sono un'evoluzione recente¹⁸.

L'operazione si realizza attraverso un ordinante, colui il quale vuole trasferire i fondi; un beneficiario, colui il quale riceverà da ultimo i fondi; e, infine, due *hawaladars*, che ricevono una commissione, pattuita col cliente, per ogni transazione portata a termine. Si tratta evidentemente di rimesse che dalle autorità italiane non vengono né tassate, né controllate.

Il sistema è molto usato negli Emirati Arabi Uniti, Muscat, Bahrain, Kuwait, Afghanistan, Pakistan e nel subcontinente indiano. I banchieri *hawala* godono di molto rispetto nell'ambito delle rispettive comunità. La loro attività consiste nel garantire il trasferimento delle somme di denaro, spesso derivanti da lavoro nero o evasione fiscale. I *brokers* operano senza lasciare una traccia ufficiale delle diverse operazioni e senza un particolare controllo nei confronti dei clienti e delle somme che gestiscono.

¹⁴ M. PALANA, *Il riciclaggio nell'ambito dell'attività degli “Agenti Money Transfer”*, 2010, reperibile online.

¹⁵ FATF Report, *The Role of Hawala and Other Similar Service Providers in Money Laundering and Terrorist Financing*, Paris, 2013. Per una ricostruzione dell'istituto v., per tutti, F. MOLITERNI, *Hawala ed i sistemi di pagamento cosiddetti informali: un modello giuridico circolante nello spazio e nel tempo fra lex mercatoria, talmud e diritto islamico*, in F. MASTROBERTI, I. INGRAVALLO (a cura di), *Governo e diritti dello spazio marino adriatico-ionico: storia e prospettive di una frontiera dell'Occidente*, Napoli, 2018, p. 75 ss.

¹⁶ I mercanti, che intendevano inviare del denaro nelle proprie terre di origine, effettuavano un deposito presso un banchiere *hawala* che, compensato da una modesta commissione, si occupava di rendere disponibile la somma presso un altro banchiere *hawala* ove richiesto dal committente. I due banchieri avrebbero poi regolato le relative pendenze per compensazione o tramite l'ordinaria attività di commercio.

¹⁷ E. C. SCHAEFFER, *Remittances and Reputations in Hawala Money-Transfer Systems: Self-Enforcing Exchange on an International Scale*, in *Journal of Private Enterprise*, 2008, p. 1 ss.

¹⁸ Si stima che, ancora oggi, solo il 50% delle transazioni finanziarie, incluse quelle internazionali, avvengano tramite operatori bancari ufficiali. In tema v. G. PALUMBO, *La finanza islamica*, 26 agosto 2014, p. 4, reperibile online.

Il sistema *hawala* dunque è un accordo bancario che consente il trasferimento di fondi sia a livello nazionale sia internazionale senza ricorrere a istituzioni. Quale mezzo di trasferimento di denaro, a buon mercato, rapido e certo, viene principalmente utilizzato da lavoratori itineranti all'estero che inviano rimesse per sostenere i congiunti nei rispettivi Paesi d'origine. Sebbene sia difficile quantificare accuratamente il volume di fondi trasferiti ogni anno ai Paesi in via di sviluppo, le rimesse attraverso tali canali sono fonti di reddito importanti per molte famiglie povere e possono giocare un ruolo cruciale nel promuovere la crescita e il progresso¹⁹.

Inoltre, in alcuni Paesi come l'Afghanistan, a causa dell'arretratezza del sistema bancario e allo scopo di evitare gli elevati costi dei canali ufficiali, la maggior parte dell'attività economica è informale e si basa proprio sull'*hawala*²⁰.

In passato, il denaro veniva consegnato a un intermediario che rilasciava un polizzino con l'ammontare della somma e l'indicazione delle commissioni, con l'aggiunta di un nome in codice. Il banchiere inviava una copia del polizzino a un corrispondente con l'ordine di pagare quanto dovuto alla famiglia o al mercante. Col tempo, la procedura si è adattata alle tecnologie moderne²¹, rendendo assai difficile la ricostruzione del movimento di denaro, proprio per la mancanza di una traccia documentale dei flussi finanziari.

3. Come in parte è emerso nel paragrafo precedente, i vantaggi della rimessa *hawala* sono diversi. Innanzitutto è un sistema economico poiché i banchieri *hawala* ricevono una piccola commissione e praticano tassi di cambio più convenienti rispetto ai tassi ufficiali. In Paesi afflitti da incertezza politica, come l'Afghanistan, è uno dei metodi più affidabili per spostare fondi all'interno del territorio. Si tratta di una rete efficiente, poiché una transazione di questo tipo ha luogo nell'arco di uno o due giorni, è flessibile e non burocratica²². Il sistema è anonimo, potendosi trasferire il denaro senza registrazione o documentazione.

¹⁹ Si rinvia sul punto a G. ODDO, M. MAGNANI, R. SETTIMO, S. ZAPPA, *Le rimesse dei lavoratori stranieri in Italia: una stima dei flussi invisibili del "canale informale"*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 332, Banca d'Italia, 2016, reperibile online; M. LE GOFF, S. SALOMONE, *Remittances and the Changing Composition of Migration*, in *The World Economy*, 2016, p. 513 ss.

²⁰ S.M. MAIMBO, *The Money Exchange Dealer of Kabul: A Study of the Hawala System in Afghanistan (Report)*, Washington D.C., 2003; D. BUDDENBERG, W.A. BYRD (eds.), *Afghanistan's Drug Industry: Structure, Functioning, Dynamics, and Implications for Counter-Narcotics Policy*, Washington D.C., 2006, p. 155 ss.

²¹ La trasmissione dell'ordine in codice avviene via telex o internet, quasi impossibile da intercettare, può essere confermato per telefono, aggira i canali ufficiali di pagamento e non lascia tracce. Cfr. J. WHEATLEY, *Ancient Banking, Modern Crimes: How Hawala Secretly Transfers the Finances of Criminals and Thwarts Existing Laws*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2005, p. 347 ss.

²² A proposito dei vantaggi offerti dalla rete *hawala*, cfr. ordinanza Tribunale di Brescia del 14 dicembre 2009: "il ricorso a tale ultimo meccanismo valeva per un verso a consentire agli stranieri clandestini, sprovvisti di documenti, di effettuare rimesse all'estero in favore dei propri famigliari, per altro verso a operare in connessione con concittadini residenti in Pakistan per un più veloce sistema di trasferimento di denaro e secondo tassi privatamente concordati e più favorevoli rispetto a quelli ufficiali, oltre che per garantire l'anonimato del soggetto che disponeva il trasferimento".

Tuttavia, come ogni altro sistema di rimessa, *hawala* gioca un ruolo nel riciclaggio di denaro, potendo essere impiegato in ogni fase delle operazioni illecite²³.

Come ha chiarito il coordinatore antiterrorismo dell'UE²⁴, poiché si tratta di un sistema anonimo, può essere facilmente adoperato da organizzazioni criminali, compresi gruppi terroristici, per nascondere incassi di attività illecita o da funzionari corrotti per riciclare i proventi di corruzione.

Tra l'altro, adoperando una rete *hawala*, oltre a sfuggire ai controlli statali previsti dalle normative antiriciclaggio, si evita qualsiasi forma di tassazione. Così, sebbene essa non generi effetti immediatamente percettibili dai singoli individui, le sue conseguenze si riverberano sull'intera comunità statale in misura rilevante, in termini di mancati ricavi, discredito e sfiducia nelle istituzioni, degrado morale e sui parametri di democraticità dello stesso ordinamento giuridico.

Difatti, l'attenzione dell'amministrazione finanziaria sulle operazioni della criminalità economica internazionale ricade sulla tassazione dei proventi illeciti, sia sotto il profilo dell'azione di antiriciclaggio, sia sotto il profilo della ricostruzione di imponibili fiscalmente rilevanti completamente sottratti a tassazione²⁵.

Il sistema è all'esame di Europol²⁶, come fonte di approvvigionamento di gruppi terroristici, dai tempi della prima Al Qaeda, guidata da Osama Bin Laden²⁷. In par-

²³ L'Unione non ha elaborato direttamente una definizione di riciclaggio a fini di armonizzazione del diritto penale degli Stati membri. La nozione giuridica comunemente accolta è quella indicata dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi illeciti, ratificata dall'Italia con l. 9 agosto 1993 n. 328, limitandosi ad assicurare che valga per tutti gli Stati membri. Una definizione di riciclaggio a fini di armonizzazione penale è contenuta anche nella Convenzione di Palermo sulla criminalità transnazionale organizzata, inoltre il riciclaggio dei proventi di corruzione è contemplato nella Convenzione di Mérida sulla corruzione. Il c.p. italiano all'art. 648-*bis* definisce il riciclaggio come il delitto commesso da chiunque, fuori dai casi di concorso nel reato, "sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa".

²⁴ Cfr. la relazione sull'attuazione delle misure al Consiglio e al Consiglio europeo, del 10 giugno 2015, del Coordinatore antiterrorismo dell'UE, reperibile *online*.

²⁵ G. PALUMBO, *Fisco 3 punto 0. Le nuove sfide dell'evasione fiscale e una proposta politica*, Milano, 2017. I proventi derivanti dalla maggior parte degli strumenti di finanza islamica sono da ricomprendere nella "clausola residuale" di cui all'art. 44, co. 1, lett. h), del Testo unico delle imposte sui redditi, ai sensi del quale si considerano redditi di capitale "gli interessi e gli altri proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l'impiego del capitale, esclusi i rapporti attraverso cui possono essere realizzati differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto". È, dunque, sufficiente individuare un rapporto "diretto" di impiego di capitale in un'operazione di finanza islamica affinché il provento ad esso riferibile possa essere classificato tra i redditi di capitale.

²⁶ V., tra l'altro, le dichiarazioni al riguardo di Pedro Felicio (Financial Intelligence Group di Europol), che definisce *hawala* "un money transfer parallelo che si basa sulla fiducia", reperibili *online*.

²⁷ M. DE GOEDE, *Hawala Discourses and the War on Terrorist Finance*, in *Environment and Planning D – Society and Space*, 2003, p. 513 ss.; J.A.E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 739 ss. Più di recente, Chérif Kouachi, attentatore che insieme al fratello ha compiuto la strage alla redazione di Charlie Hebdo nel gennaio 2015, ha ammesso di aver ricevuto, attraverso *hawala*, 20000 euro dal gruppo di Al Qaeda nello Yemen. In un rapporto pubblicato nel 2000 (reperibile *online*), Interpol fornisce in appendice una sintesi delle diverse ipotesi. Rilevano casi di traffico di narcotici, terrorismo, contrabbando, frodi, *insider trading*, violazioni doganali e fiscali e giochi d'azzardo. Sebbene il legame tra corruzione e sistemi di rimessa alternativi non sia specificamente documentato, la maggior parte degli studi collega l'*hawala* al riciclaggio dei proventi della corruzione.

ticolare, l'*hawala* è diventato uno strumento per il finanziamento al terrorismo in Africa occidentale, attraverso il commercio di diamanti, e viene citato anche nella relazione del 2014 sulla politica dell'informazione per la sicurezza della Presidenza del Consiglio²⁸.

L'*hawala* è poi il sistema usato dai trafficanti di esseri umani per ottenere dai migranti, che dall'Africa, attraverso l'Italia, si spostano in Europa²⁹, i corrispettivi pattuiti.

4. La necessità di proteggere il sistema finanziario da ogni abuso e il timore che l'applicazione di misure radicalmente differenti possa pregiudicare il corretto funzionamento del mercato interno, hanno fornito alla Commissione la base giuridica ai sensi dei Trattati per proporre la legislazione in vigore³⁰. Al di fuori del contesto europeo, numerose sono le iniziative volte a garantire il sistema finanziario nel suo complesso da rischi di inquinamento da parte della criminalità organizzata. Tra esse, la Dichiarazione dei principi sulla prevenzione dall'uso illecito del sistema bancario a fini di riciclaggio approvato dal Comitato di Basilea per la sorveglianza interbancaria³¹ e le citate raccomandazioni emanate dal GAFI³² che si vanno ad affiancare alla Convenzione di Vienna 1988 contro il traffico degli stupefacenti³³, alla Convenzione di New York del 1999 per la repressione del finanziamento inter-

²⁸ A tale scopo sono stati monitorati selettivamente i sistemi di trasferimento di valuta dei circuiti internazionali ufficiali e quelli paralleli (*hawala*), le movimentazioni transfrontaliere di fondi, nonché i pagamenti internazionali effettuati nell'ambito delle attività economiche esercitate in Italia da alcuni cittadini stranieri. In generale, appare confermata la tendenza delle organizzazioni terroristiche ad evitare l'utilizzo dei circuiti bancari convenzionali – peraltro tuttora impiegati con il ricorso a prestanome – al chiaro fine di non incorrere nel sistema dei controlli previsti dalle normative antiriciclaggio. Per quanto riguarda i sistemi alternativi di trasferimento di fondi, specifiche criticità si rilevano non soltanto in quelli operanti al di fuori dei circuiti regolamentati, ma anche nei *money transfers* regolarmente autorizzati. Tuttora utilizzato è, inoltre, il ricorso ai “corrieri di denaro”, secondo modalità variabili dirette a schermare i flussi ed i soggetti coinvolti.

²⁹ In argomento, M.R.J. SOUDJIN, *Chinese Human Smuggling in Transit*, The Hague, 2006; F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 1763 ss. Nel maggio 2017, le autorità inquirenti di Bari hanno stanato una rete di trafficanti di migranti. Il somalo Ismail Olhaye Hussein, titolare, nel capoluogo pugliese, di due agenzie di *money transfer*, mascherate da associazioni culturali per servizi a migranti, gestiva un'organizzazione che acquisiva permessi di soggiorno e titoli di viaggio falsi, finanziava trafficanti di uomini, corrompeva ufficiali dell'anagrafe e poliziotti alla frontiera, gestiva spostamenti e pernottamenti tra Somalia, Italia, Germania, Svizzera e Svezia. La sua rete era il punto di riferimento per i somali che desideravano arrivare illegalmente in Italia. Per il trasferimento di denaro dall'Africa veniva appunto utilizzato il sistema dell'*hawala* informatica. V. *La Repubblica – Bari*, 10 maggio 2017.

³⁰ In argomento A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, 2018.

³¹ Il Comitato rappresenta le banche centrali e gli organismi di vigilanza dei Paesi del Gruppo dei Dieci, composto in realtà da dodici Paesi: Belgio, Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito, Svizzera e Svezia.

³² V. nota 9.

³³ La Convenzione citata nel testo è quella contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, adottata a Vienna il 19 dicembre 1990, e ratificata in Italia con l. 5 novembre 1999, n. 328.

nazionale al terrorismo³⁴ e alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi illeciti³⁵.

Gli studi più recenti hanno chiarito che il fenomeno dell'illecita importazione-esportazione di valuta tramite i circuiti bancari informali sia direttamente proporzionale a quello dell'immigrazione irregolare. Evidenti anomalie al riguardo sono segnalate già solo analizzando i dati forniti dalle reti ufficiali e legali di *money transfer*³⁶.

Con riferimento alla fattispecie del riciclaggio, l'ambito inizialmente disciplinato dal diritto comunitario è stato quello amministrativo e bancario con l'imposizione agli operatori creditizi e finanziari di obblighi di verifica della clientela, segnalazione di operazioni sospette, conservazione di documenti ed organizzazione interna, aventi una funzione preventiva.

Istituita la cooperazione in ambito penale, la definizione di riciclaggio di denaro elaborata nel Primo pilastro è stata utilizzata, ai fini dell'incriminazione penale, nel secondo Protocollo alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 19 giugno 1997, il quale, però, considera come reati presupposto esclusivamente quelli di frode comunitaria e di corruzione attiva e passiva che arrechi un danno alla Comunità. Con l'azione comune 98/699/GAI, del 3 dicembre 1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, adottata dal Consiglio in base all'art. K.3 TUE, e poi con la decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, è stato fatto obbligo di non formulare né mantenere riserve alla definizione di riciclaggio contenuta nella Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990³⁷ quando il reato presupposto sia un reato grave.

L'armonizzazione del reato di riciclaggio è più complessa che nel caso di altri reati perché riguarda sia gli elementi costitutivi della condotta che la individuazione dei reati presupposto da cui derivano i proventi. L'individuazione di questi ultimi si è ampliata nel tempo.

Un ambito di applicazione del reato di riciclaggio molto più ampio e preciso è stato individuato dalla decisione quadro del 2001 che obbliga gli Stati membri a non escludere come reato presupposto i reati gravi, definiti come quelli punibili con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno, ovvero di durata minima superiore a sei mesi (art. 1, lett. b).

³⁴ La Convenzione citata nel testo è quella per la repressione del finanziamento del terrorismo internazionale, adottata a New York il 9 dicembre 1990, e ratificata in Italia con l. 14 gennaio 2003, n. 7.

³⁵ La Convenzione ha modificato gli articoli 648-bis e 648-ter c.p. adeguandoli alla definizione convenzionale ed ha esteso i reati presupposto a tutte le fattispecie di delitto non colposo.

³⁶ La proporzione è messa in luce nella risoluzione del Parlamento europeo su sviluppo e migrazione, del 6 luglio 2006, 2005/2244(INI), dove, al punto 21, si chiede alla Commissione, agli Stati membri e alle istituzioni finanziarie nazionali e internazionali di attuare politiche volte, tra l'altro, a favorire e agevolare i trasferimenti di fondi dei migranti, rendendoli meno costosi, più rapidi e più sicuri, per invogliare i migranti ad utilizzare i sistemi formali di trasferimento e a garantire la trasparenza delle transazioni finanziarie effettuate mediante "canali informali", come in particolare le reti *hawala*.

³⁷ V. nota 23.

Le proposte per una direttiva sulla lotta al riciclaggio di denaro mediante il diritto penale e un regolamento relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca si propongono di integrare l'approccio preventivo dell'UE, assicurando un'applicazione della legge e una risposta giudiziaria adeguate nel caso in cui si rilevino casi di riciclaggio.

In particolare, la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta al riciclaggio di denaro mediante il diritto penale, del 21 dicembre 2016,³⁸ si occupa di stabilire regole minime in relazione alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore del riciclaggio di denaro. Tra i reati presupposto sono compresi il terrorismo, il finanziamento del terrorismo, la tratta di esseri umani e il traffico di migranti.

Secondo l'art. 3, par. 1, lett. a), sono condotte punibili, se commesse intenzionalmente, "la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività". Inoltre, l'art. 3, par. 2, lett. a), specifica che per perseguire le condotte citate non è necessario stabilire "l'esistenza di una condanna precedente o simultanea per l'attività criminosa da cui provengono i beni".

Considerando le ultime disposizioni citate, sarebbe utile, in fase di attuazione, estenderne l'ambito di applicazione ai casi in cui si abbiano "ragioni per sospettare" che venga perseguita un'attività di riciclaggio di denaro, dovendosi superare l'attuale formulazione dell'"essere a conoscenza".

5. L'istituto dell'*hawala* è assimilabile ad una forma di abusivismo finanziario, poiché, in violazione delle leggi bancarie, realizza tutti i profili fattuali di un sistema illecito di trasferimento di denaro ampio e consolidato³⁹. L'*hawala* può configurare, in particolare, i reati di raccolta abusiva del risparmio (art. 130 d.lgs 385/93), di abusiva attività finanziaria (art. 132 d.lgs 385/93)⁴⁰, nonché di abusiva attività di prestazione di servizi di pagamento (art. 131-ter, inserito nel d.lgs 385/93 dall'art. 35, co. 11, d.lgs 11/2010).

Quindi, in questi casi, è legittimo porre sotto sequestro probatorio le somme depositate sul conto corrente, perché introito della raccolta non autorizzata, con pos-

³⁸ COM(2016)826 def.

³⁹ In questo senso, Cassazione, sentenza del 30 ottobre 2003, n. 41140. Secondo la Corte "è legittimo il sequestro probatorio delle somme di denaro depositate in un conto corrente, in quanto provento del reato per cui si procede, e perciò aventi natura di 'corpo di reato'; parimenti, è legittimo il sequestro preventivo delle stesse, una volta stimata come soddisfatta la finalità probatoria del vincolo". Tra i commenti, G. IZZO, *Trasparenza del mercato finanziario e sequestro probatorio di danaro oggetto di "hawala"*, in *Impresa commerciale industriale*, 2004, p. 1251 ss.; E. ROSI, "*Hawala*", ovvero come riciclare il denaro sporco, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 17, p. 30 ss.

⁴⁰ L'art. 132 riguardava "l'abusiva intermediazione nel cambio monetario". Successivamente è stato sostituito dall'art. 8, co. 2, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Secondo la Suprema Corte, sentenza del 3 giugno 2003, l'art. 130 del d.lgs 385/93 "sanziona i comportamenti che violano quanto previsto dall'art. 11 del d.lgs. n.385/1993, che riserva ad una particolare categoria di soggetti (le banche) la raccolta del risparmio e l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto ogni altra forma". Secondo la stessa sentenza, l'art. 132 del d.lgs 385/93 riguarda, invece, la condotta di chi si inserisce "abusivamente nel libero mercato, con conseguente sottrazione ai controlli di affidabilità e stabilità, operando indiscriminatamente tra il pubblico".

sibilità poi di assoggettamento a sequestro preventivo una volta esaurita la finalità probatoria.

Con sentenza del 30 ottobre 2003, la Corte di cassazione ha statuito che, nel caso di specie, si trattava di somme di denaro depositate in conti correnti, supposte come provento del reato di raccolta abusiva del risparmio e di abusiva intermediazione nel cambio monetario, in relazione ad un caso di *hawala* ovvero della messa a disposizione di altre persone, fiduciarmente ed in via sistematica, del proprio conto corrente bancario, per consentire loro il trasferimento di fondi all'estero senza utilizzare i canali bancari e finanziari e quindi eludendo le disposizioni che regolano tali operazioni.

Nell'impugnare il provvedimento di sequestro dei fondi, gli imputati negavano che l'attività svolta mediante i conti correnti potesse integrare una raccolta del risparmio, esercitata senza le previste autorizzazioni, mancando la prova di una qualsivoglia intermediazione finanziaria e sostenendo che le operazioni erano consistite in una mera custodia delle somme di denaro. In particolare, il denaro sarebbe assoggettabile a sequestro probatorio solo quando ne sia certa la provenienza diretta ed immediata dal reato in base a concrete emergenze.

Secondo la Corte, l'orientamento proposto dalla difesa rischiava "di pregiudicare la funzione dell'istituto, sol perché la natura fungibile del denaro, una volta che ne sia venuta meno la individuazione come res, fa sorgere l'obbligo di restituzione del tantundem eiusdem generis".

Sembra chiaro che, nell'esercizio abusivo della raccolta del risparmio, il denaro non rappresenti il profitto di quel crimine, ma l'oggetto materiale del reato, essendo innegabile "che le somme depositate sui conti in sequestro siano il provento della raccolta, quanto meno in parte. E ciò perché l'ingente ammontare dei depositi non trova giustificazione alcuna nei redditi di lavoro degli indagati"⁴¹.

L'individuazione, il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti appaiono, ad ogni modo, strumenti di straordinaria efficacia per interrompere il "ciclo produttivo" di questa attività d'impresa, indipendentemente dal comparto criminale da cui il denaro proviene o verso cui è diretto.

6. Attraverso la rete *hawala*, un'intera economia *offshore* sfugge ad ogni statistica e controllo, manovrandosi clandestinamente miliardi di euro. La pericolosità del fenomeno richiede, dunque, l'adozione di nuovi metodi di intervento ed una nuova e più efficace regolamentazione⁴². In particolare, le innovazioni dei servizi finanziari e l'evoluzione tecnologica, nonostante i vantaggi che garantiscono,

⁴¹ A riguardo, Cassazione, 7 marzo 1996, n. 1497: "le trasformazioni che le banconote provenienti da traffici illeciti abbiano subito nella loro circolazione e la conseguente impossibilità di identificare le somme sequestrate su conti correnti bancari con quelli provenienti da detti traffici non tolgono alle somme di provenienza illecita la natura di 'corpo del reato', con la conseguente loro assoggettabilità al vincolo di indisponibilità, propedeutico alla confisca". Nonché Cassazione, 25 marzo 2003, n. 13662: "il sequestro di somme di denaro su conti correnti, aventi natura di corpo di reato, non esclude la necessità di provare o comunque di dare atto della sussistenza di un rapporto di pertinenza fra le singole disponibilità sottoposte a vincolo e lo specifico fatto reato contestato ovvero la necessità di motivare sulla qualificazione dei medesimi conti correnti come specifico corpo di reato".

⁴² M.J. BORGERS, *Regulering en Bestrijding van Ondergronds Bankieren*, in H. VAN DE BUNT, D. SIEGAL (eds.), *Ondergronds bankieren in Nederland*, The Hague, 2009, p. 147 ss.; K. MUNSHANI, *Security Concern or Economic Motivations? The Regulation of Informal Value Transfer Systems*, in *Oregon*

creano nuove opportunità che possono talvolta essere sfruttate abusivamente per camuffare operazioni di finanziamento di riciclaggio.

Per rafforzare la stabilità complessiva del sistema è senz'altro necessaria una verifica più accurata sulla speculazione finanziaria. La normativa penale dell'Unione europea, la cooperazione di polizia, le leggi per prevenire e combattere il riciclaggio di denaro rappresentano a tale fine un significativo contributo, ma sono emerse nuove e pericolose tendenze collegate all'aumento dei flussi migratori. Come s'è evidenziato, gli immigrati utilizzano questi sistemi alternativi per trasferire una quota importantissima del loro risparmio dal Paese di residenza a quello d'origine, senza incorrere in commissioni per bonifici internazionali.

Il rafforzamento dei controlli sovranazionali nel settore finanziario non ha bloccato tali flussi, ma ha determinato lo sviluppo di canali di finanziamento alternativi. Con il consolidamento delle misure di contrasto al riciclaggio, l'utilizzo dell'*hawala* è aumentato proprio in quanto essa opera senza supervisione regolamentare.

Come s'è detto, le politiche globali contro il riciclaggio hanno indotto l'Unione europea a dotarsi di una legislazione vigorosa e sofisticata che combina in genere misure preventive e repressive. Poiché interventi di tipo repressivo, caratterizzati da indagini volte a "seguire il denaro", non sono stati considerati sufficienti, dagli anni '90 in poi sono state adottate diverse direttive che hanno affermato un approccio preventivo. Esso si basa sull'individuazione e sulla segnalazione di transazioni sospette ed è stato senza dubbio rafforzato dalla quarta direttiva europea in materia, entrata in vigore il 25 giugno 2015⁴³, favorevole a un metodo che comporta la valutazione del rischio e l'identificazione del cliente, nonché l'istituzione di un registro centrale di titolarità effettiva⁴⁴.

Si tratta della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

Nello stesso quadro è stato adottato, inoltre, il regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) 1781/2006.

La direttiva 2015/849, stabilendo requisiti più rigorosi per i controlli della clientela, intende rafforzare la valutazione del rischio per garantire che determinate categorie di clienti e di transazioni non siano esentate dai requisiti previsti. Il regolamento, d'altro canto, è strettamente connesso agli obiettivi della direttiva. Esso

Review of International Law, 2009, p. 77 ss.; J.R. WANG, *Regulating Hawala: A Comparison of Five National Approaches*, in *Journal of Money Laundering Control*, 2011, p. 210 ss.

⁴³ La direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, recante modifiche alla normativa italiana in materia di antiriciclaggio e contrasto al finanziamento del terrorismo.

⁴⁴ Quando un Paese viene indicato come avente carenze strategiche nel settore della lotta contro il riciclaggio di denaro o contro il finanziamento del terrorismo, i soggetti obbligati dell'UE dovranno rafforzare il grado e la natura del controllo sulle transazioni finanziarie (dovranno cioè applicare misure "rafforzate" di adeguata verifica) con gli operatori economici di quel Paese. V. *infra*, nota 47.

irrobustisce gli obblighi esistenti relativi alla lotta contro il riciclaggio, il finanziamento del terrorismo e delle armi di distruzione di massa, in termini di trasferimenti di valore e sistemi di rimesse ad essi collegati.

Queste disposizioni tengono conto degli standard internazionali sulla lotta contro il riciclaggio di denaro ed in particolare delle raccomandazioni GAFI, assicurando la completa tracciabilità dei fondi e dei trasferimenti e obbligando i prestatori di servizi di pagamento/trasferimento di fondi a fornire, alle autorità nazionali competenti, informazioni, sia sul pagatore sia sul beneficiario.

Ulteriore obiettivo della legislazione europea è dotare le autorità nazionali competenti di mezzi efficaci per combattere il riciclaggio, concentrandosi sull'uso improprio dei circuiti finanziari da parte dei criminali.

Si tratta evidentemente di un processo a lungo termine volto a sanare le falle presenti nel sistema finanziario e bancario europeo. Questo processo ha condotto, il 30 maggio 2018, all'adozione della direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

Le modifiche alla direttiva 2015/849 si occupano di consolidare le norme sulla trasparenza per impedire l'occultamento dei fondi. Lo scopo è quello di tagliare i mezzi finanziari dei criminali senza ostacolare il normale funzionamento dei mercati e dei sistemi di pagamento. Modificando la direttiva 2015/849, il testo intende raggiungere un equilibrio tra la necessità di accrescere la sicurezza e quella di proteggere i diritti fondamentali e le libertà economiche⁴⁵.

Il campo di applicazione della direttiva 2015/849, in termini di soggetti obbligati, è stato esteso in modo da includere i prestatori di servizi di gioco d'azzardo, gli operatori commerciali che accettano pagamenti in contanti per importi superiori a 10000 euro e le operazioni occasionali che costituiscono un trasferimento di fondi, incluse rimesse di denaro, per importi superiori a 1000 euro; sono stati creati registri per le informazioni relative alla titolarità effettiva; è stato ridotto l'anonimato per i prodotti di moneta elettronica ed è stato definito un nuovo regime di cooperazione tra le Unità di informazione finanziaria (UIF)⁴⁶.

7. La direttiva 2015/849 prevede, all'art. 10, par. 1, la graduale eliminazione di conti bancari, finanziari e creditizi segreti, stabilendo un rigoroso divieto di conti o libretti di risparmio anonimi. Ciò richiede l'esecuzione di due tipi di controllo della clientela: uno più specifico, in conformità con l'art. 13, e l'altro semplificato, in forza dell'art. 15⁴⁷. La direttiva impone di identificare il cliente sulla base di docu-

⁴⁵ V. anche *infra*, par. 9.

⁴⁶ La finalità delle UIF è quella di raccogliere e analizzare le informazioni ricevute, allo scopo di individuare le connessioni tra le operazioni sospette e l'attività criminosa sottostante, per prevenire e combattere il riciclaggio. La direttiva 2018/843 si occupa di migliorare gli scambi di *intelligence* finanziaria fra le UIF europee e quelle dei Paesi terzi così come fra le UIF e il settore privato, in linea con le raccomandazioni e le migliori pratiche del Gruppo di azione finanziaria internazionale.

⁴⁷ È utile segnare che, ai sensi dell'art. 18 della direttiva, sono previste misure di adeguata verifica rafforzata che consistono nell'acquisizione di maggiori informazioni sul cliente e sull'eventuale titolare effettivo, nel momento in cui sussista un elevato rischio di riciclaggio, risultante da specifiche previsioni normative, dall'autonoma valutazione del destinatario, nonché nel caso di persone fisiche o giuridiche che hanno sede in Paesi terzi individuati dalla Commissione come Paesi terzi a rischio

menti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; identificare il titolare effettivo e adottare misure ragionevoli per verificare tale soggetto; valutare e, se del caso, ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto commerciale; condurre un monitoraggio continuo circa la coerenza delle relative transazioni.

Alla luce di questo quadro, laddove mancasse la documentazione, potrebbe risultare difficoltoso risalire alle identità dei migranti e dei rifugiati e, dunque, potrebbe, quanto meno, essere utile escludere che tali soggetti appartengano a categorie criminali o a loro associati così come a soggetti nei cui confronti sono state mosse accuse in termini di riciclaggio, finanziamento del terrorismo o criminalità organizzata.

La verifica della clientela è direttamente correlata alla necessità di individuare l'assetto proprietario e di controllo delle società e di altri enti giuridici a scopo di lucro. Pertanto, conformemente all'art. 30, par. 3, della direttiva (UE) 2015/849 e all'art. 3 della direttiva (UE) 2009/101⁴⁸, le informazioni relative ai titolari effettivi vengono trasmesse ai registri pubblici centrali che assicurano l'accesso tempestivo e senza restrizioni alle competenti autorità di *intelligence* finanziaria⁴⁹. Le informazioni memorizzate consentono alle autorità di pervenire ad un quadro più chiaro delle dimensioni e dei volumi delle varie attività commerciali, dei finanziamenti islamici mediante *hawala*, dei trasferimenti di fondi di grandi dimensioni verso Paesi classificati come paradisi fiscali, nonché dei casi di corruzione politica.

In relazione alle informazioni che accompagnano i trasferimenti di fondi, conformemente all'art. 3, definizione 5, e all'art. 4 del regolamento (UE) 2015/847, il prestatore di servizi di pagamento è obbligato ad indicare i nomi dell'ordinante e del beneficiario; i rispettivi numeri di conto di pagamento; gli indirizzi; il numero del documento personale; il numero di identificazione del cliente. Queste condizioni sono specificate in conformità all'art. 3, definizioni 3 e 4, e all'art. 4 dello stesso regolamento.

Tuttavia, il *modus operandi* del sistema *hawala* aggira gli obblighi e i requisiti relativi alla fornitura di dati e alle informazioni sui trasferimenti di fondi, poiché, per qualsiasi transazione, non è prevista alcuna forma di registrazione. Come è abbondantemente emerso, nel circuito *hawala*, l'anonimato di entrambe le parti è la regola perché principio fondamentale dell'istituto è quello di non dichiarare alcuna identità.

elevato. Con atto del 13 dicembre 2017, la Commissione europea ha modificato l'elenco dei Paesi terzi ad alto rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, includendo Sri Lanka, Trinidad e Tobago e Tunisia all'elenco precedentemente adottato con il regolamento delegato (UE) 2016/1675, che già comprendeva Afghanistan, Bosnia-Erzegovina, Guyana, Iraq, Repubblica democratica popolare del Laos, Siria, Uganda, Vanuatu, Yemen, Iran, Repubblica popolare democratica di Corea. Per consolidare tali controlli, la direttiva (UE) 2018/843 inserisce, nella stessa direttiva 2015/849, l'art. 18-*bis*.

⁴⁸ Direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 48, co. 2, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi.

⁴⁹ Attraverso la piattaforma centrale europea istituita dalla direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, la direttiva 2018/843 modifica l'art. 30, par. 10, della direttiva 2015/849, prevedendo l'interconnessione dei registri centrali degli Stati membri che contengono informazioni sulla titolarità effettiva conformemente alla legislazione nazionale degli Stati membri.

Inoltre, in transazioni del genere non sono presenti documenti di pagamento o di contabilità, quali ricevute, ordini di trasferimento, fatture, dichiarazioni. *Hawala*, infatti, viene normalmente qualificata come “illegale” poiché, essendo un servizio non registrato, non soddisfa i requisiti della direttiva 2015/2366 sui servizi di pagamento.

Non esistendo prove scritte di un sistema basato sulla fiducia, risulta difficile, conseguentemente, verificare o dimostrare la fondatezza di accuse eventualmente formulate. Il problema è aggravato dalla difficoltà di rilevare l'esistenza di questo tipo di reti: spesso le operazioni sono raggruppate tra loro o comunque compensate tramite importazioni/esportazioni di beni e servizi.

8. L'aumento dei flussi migratori, che ha determinato un improvviso rialzo delle preferenze verso sistemi di rimessa alternativi informali, ha comportato che le misure delineate siano apparse per molti profili irrilevanti. Ciò è dovuto, tra l'altro, alla circostanza che la normativa da ultimo delineata comunque non si applichi ai trasferimenti inferiori a 1000 euro⁵⁰. Rilevano a tale riguardo l'art. 2, par. 5, della direttiva (UE) 2015/849 (“ai fini del paragrafo 3, lettera b), gli Stati membri applicano una soglia massima per cliente e per singola operazione, indipendentemente dal fatto che l'operazione sia eseguita in un'unica soluzione o con diverse operazioni che appaiono collegate. Tale soglia massima è stabilita a livello nazionale in funzione del tipo di attività finanziaria. Essa deve essere sufficientemente bassa per assicurare che i tipi di operazione in questione costituiscano un metodo difficilmente utilizzabile e inefficace per il riciclaggio o per il finanziamento del terrorismo, e non deve superare 1000 EUR”) e l'art. 2, par. 5, lett. c) del regolamento (UE) 2015/847 (“uno Stato membro può decidere di non applicare il presente regolamento a trasferimenti di fondi nel proprio territorio sul conto di pagamento di un beneficiario che permette esclusivamente il pagamento della fornitura di beni o servizi, purché tutte le condizioni seguenti siano soddisfatte: (...) c) l'importo del trasferimento di fondi non superi 1 000 EUR”).

Il sistema bancario *hawala* rappresenta una potenziale minaccia per la sicurezza economica e finanziaria dell'UE nella misura in cui l'esclusione dal meccanismo di verifica sia in grado di danneggiare l'integrità, la stabilità e la reputazione del settore finanziario, nonché la crescita e lo sviluppo del mercato interno e internazionale.

Invero, la valutazione del rischio dovrebbe essere condotta indipendentemente dalla scala e dal volume dei fondi trasferiti senza tener conto, in particolare, del valore di riferimento indicato all'art. 2, par. 5, della direttiva (UE) 2015/849 e all'art. 2, par. 5, lett. c), del regolamento (UE) 2015/847. Eliminare la soglia indicata, permetterebbe di tracciare tutti i flussi finanziari generati dalle ondate migratorie provenienti dal Medio Oriente e dal Nord Africa, interrompendo preventivamente qualsiasi potenziale schema di riciclaggio di denaro attraverso l'antico sistema informale di rimessa.

Nel quadro della direttiva 2015/849, la Commissione europea ha predisposto la già citata relazione sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfronta-

⁵⁰ La direttiva 2018/843, che modifica la IV direttiva antiriciclaggio, nulla dispone riguardo alla soglia dei 1000 euro.

liere⁵¹. La relazione, oltre ad indicare le aree del mercato interno che sono a maggior rischio in termini di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo, predispone un elenco dei mezzi più comuni, tra cui proprio il trasferimento di fondi mediante *hawala*, con i quali i criminali riciclano i proventi illeciti.

9. Com'è noto, i trasferimenti di denaro tra l'Unione europea e i Paesi terzi beneficiano delle disposizioni del TFUE sui liberi movimenti di capitali e pagamenti. Tuttavia, ai sensi della direttiva 2015/849, i trasferimenti che superano i 1000 euro, sia all'interno sia all'esterno del territorio europeo, richiedono al gestore del sistema di pagamento di rendere disponibili i nomi delle controparti, i loro numeri di conto di pagamento (art. 3, definizione 7, del regolamento 2015/847) o, nel caso dell'art. 4, par. 3, del regolamento 2015/847 – qualora i trasferimenti non siano effettuati a partire da un conto di pagamento o in favore di un conto –, l'identificativo univoco della transazione (art. 3, definizione 11, del regolamento 2015/847).

I trasferimenti di fondi mediante il sistema di rimesse *hawala* eludono le disposizioni bancarie nazionali, la legislazione dell'UE contro il riciclaggio (in funzione dell'origine dei fondi), nonché la normativa dell'UE che impone sanzioni finanziarie (in funzione del beneficiario o della destinazione). In particolare, *hawala*, molto diffusa tra le comunità musulmane in Europa, continuerà ad essere illegale alla luce del quadro normativo dell'Unione europea fintantoché non vengano adottati criteri e meccanismi per il suo monitoraggio da parte delle competenti autorità nazionali. Fino a quel momento, il sistema bancario *hawala* rimarrà un modo veloce, conveniente e affidabile per trasferire fondi, spesso di provenienza illecita, laddove riguardino attività di riciclaggio.

Va segnalato che, ai sensi dell'art. 9 del regolamento 2015/847, per ciascun servizio di pagamento o ordine correlato, al fine di valutare la presenza di attività illecita, occorre una stima ed un'analisi del rischio. Ogni sospetto dovrebbe quindi essere segnalato all'Unità di informazione finanziaria. Non sono soggetti all'obbligo di individuare le attività sospette i prestatori la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso legale (vale a dire le monete e le banconote considerate a corso legale e la moneta elettronica di un Paese, accettate quale mezzo di scambio nel Paese emittente) e i prestatori di servizi di portafoglio digitale⁵².

Per eseguire il trasferimento di fondi, è necessario attivare un insieme di procedure volte a conoscere le informazioni sull'ordinante e sul beneficiario della rimessa, la messaggistica o il sistema di pagamento utilizzato per realizzare il trasferimento. La valutazione circa la mancanza di alcune informazioni richiede l'attivazione di processi efficaci che includono, se del caso, il monitoraggio *ex-post* o il monitoraggio in tempo reale. Tale obbligo nei confronti del prestatore intermediario di servizi di pagamento è conforme all'art. 3, definizione 6, del regolamento (UE) 2015/847.

⁵¹ V. nota 13.

⁵² La direttiva 2018/843 aggiunge all'art. 2, par. 1, punto 3, riguardante i soggetti obbligati dalla direttiva 2015/849, la lett. g), "prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso forzoso", e la lett. h), "prestatori di servizi di portafoglio digitale".

Come si è evidenziato⁵³, le procedure indicate sono difficili da soddisfare nel caso del circuito *hawala* perché esso non permette la consegna e la conservazione dei dati dell'ordinante e del beneficiario. Pertanto, per ottemperare alla legge, il prestatore intermediario di servizi di pagamento dovrebbe tenere conto delle informazioni mancanti al fine di decidere se eseguire, rifiutare o sospendere ogni transazione *hawala* e se segnalare l'operazione sospetta all'Unità di *intelligence* finanziaria nazionale o regionale (conformemente all'art. 9 del regolamento 2015/847).

Nell'azione di contrasto al fenomeno del riciclaggio, l'analisi e l'approfondimento delle segnalazioni concernenti le transazioni finanziarie sospette rappresentano preziosi strumenti investigativi in vista dell'individuazione, sequestro e confisca dei patrimoni illeciti accumulati dalle organizzazioni criminali e, più di recente, nell'ambito alla lotta al c.d. *money dirtying*, fenomeno che ha ad oggetto l'utilizzo di capitali leciti per il finanziamento internazionale di attività terroristiche.

Il Fondo monetario internazionale (FMI) evidenzia le differenze nelle risposte normative e di vigilanza ai sistemi di rimesse alternativi tra Paesi emittenti e destinatari. Nei Paesi destinatari, le questioni chiave includono i regimi di cambio, la qualità del sistema finanziario formale e il livello di stabilità politica.

Nei Paesi emittenti, le preoccupazioni riguardano il potenziale abuso di tali sistemi di rimesse da parte dei criminali⁵⁴.

A tale riguardo, il FMI incoraggia un duplice approccio alla regolamentazione⁵⁵. Nei Paesi in cui esiste una rete informale *hawala*, parallela a un sistema formale ben funzionante, si raccomanda che i concessionari *hawala* siano registrati e conservino annotazioni adeguate in linea con le raccomandazioni GAFI. Gli sforzi dovrebbero concentrarsi sul miglioramento del livello di trasparenza al fine di assimilare questi sistemi al settore finanziario formale; contemporaneamente andrebbero disciplinate le lacune che possono esistere nel settore formale.

Gli sforzi per regolare i sistemi di remessa *hawala* sono comunque messi in discussione dalla limitata conoscenza di questi circuiti e della misura in cui vengano sfruttati da organizzazioni criminali. Tuttavia, regolamentazioni troppo rigide, in molti Paesi, potrebbero privare i più bisognosi di fonti di reddito legittime. Le preoccupazioni normative dovrebbero quindi sforzarsi di bilanciare la prevenzione di abuso con la necessità di garantire che i flussi di fondi legittimi continuino a raggiungere il mondo in via di sviluppo.

Le continue riforme dei controlli sulle transazioni finanziarie dell'Unione europea si sono sovrapposte a ondate migratorie senza precedenti che hanno portato a un uso crescente in Europa dei metodi di pagamento e di rimesse alternativi. Anche se *hawala* era in uso in Europa da molti anni prima delle ondate migratorie e certamente prima degli emendamenti legislativi del 2015, è oggi che prevale, per le ragioni evidenziate, la difficoltà di ricondurre l'istituto in un ambito normativo sistematico. D'altro canto, è plausibile che l'utilizzo del sistema *hawala* da parte dell'economia dei migranti aumenti. Ciò porrà nuove sfide al legislatore dell'UE,

⁵³ V. *supra*, par. 7.

⁵⁴ V. al riguardo la relativa documentazione reperibile *online*.

⁵⁵ IMF, *Approaches to a Regulatory Framework for Formal and Informal Remittance Systems: Experiences and Lessons (Report)*, 2005, reperibile *online*.

ma anche nuove opportunità per esperti finanziari e imprese specializzati nell'analisi e nel monitoraggio di metodi di pagamento alternativi in un'Europa globalizzata.

10. Alcuni anni fa si dubitava che i prestatori di servizi di pagamento in esame fossero disposti ad accettare clienti criminali. Era considerato improbabile perché il rischio di attirare l'attenzione delle forze dell'ordine era molto elevato. Si riteneva che tali prestatori non fossero in grado di gestire somme di denaro importanti e, inoltre, il controllo sociale informale esercitato all'interno di certe comunità etniche non lo permetteva.

Molteplici studi hanno dimostrato, invece, che i criminali fanno uso di *hawaladars*⁵⁶. Tuttavia, non esistendo alcuna documentazione relativa al livello di sicurezza adottato, non è chiaro se un *hawaladar* sia a conoscenza dell'origine criminale di una somma di denaro, né è chiaro in che misura avrebbe potuto sapere. Questo è un problema importante per capire se è possibile assimilare gli *hawaladars* al sistema finanziario formale. D'altro canto, nonostante le diverse misure di contrasto, i flussi di denaro illecito confluiscono anche nella finanza regolare⁵⁷.

Tracciare il denaro all'interno del sistema finanziario per risalire ad attività criminali è estremamente difficoltoso, anche perché il *modus operandi* delle organizzazioni è in continua evoluzione. Conseguentemente anche le strategie per contrastare questi fenomeni devono essere continuamente aggiornate. A tal fine è indispensabile la collaborazione tra i governi e i servizi di *intelligence*, in modo tale che si possano per lo meno arginare le minacce latenti.

È improbabile che i lavoratori, migranti dall'India o dal Pakistan, trasferiscano decine o centinaia di migliaia di euro. Questo, tuttavia, non significa che una grande quantità di denaro implichi necessariamente un'attività criminale. Ad esempio, è noto che le ONG occidentali a volte adoperino gli *hawaladars* per trasferire grandi somme a progetti di sviluppo in aree sottosviluppate. Pertanto, gli indizi da considerare sono solo punti di partenza che il fornitore di servizi può utilizzare nel caso di determinate transazioni che suscitino i suoi sospetti. Al riguardo, in caso di dubbio, il GAFI raccomanda di esigere ulteriori informazioni.

È necessario, comunque, evitare di adottare tipi di legislazione che pretendano di assimilare le imprese *hawala* al settore finanziario formale attraverso l'autoregolamentazione⁵⁸. Difatti, rispetto al regolamento dei pagamenti tra gli *hawaladars*

⁵⁶ E.R. KLEEMANS, M.E.I. BRIENEN, H.G. VAN DE BUNT, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland: Tweede rapportage op basis van de WODC-monitor*, The Hague, 2002; N. PASSAS, *Indicators of Hawala Operations and Criminal Abuse*, in *Journal of Money Laundering Control*, 2004, p. 168 ss.; ID., *Informal Value Transfer Systems and Criminal Activities (Report No. 2005-1)*, The Hague, 2005; H. VAN DE BUNT, *A Case Study on the Misuse of Hawala Banking*, in *International Journal of Social Economics*, 2008, p. 691 ss.; ID., *The Role of Hawala Bankers in the Transfer of Proceeds From Organised Crime*, in D. SIEGAL, H. NELEN (eds.), *Organized Crime: Culture, Markets and Policies*, New York, 2008, p. 113 ss.

⁵⁷ N. PASSAS, *Informal Value*, cit., p. 74, sostiene che *hawala* non rappresenti una forma di riciclaggio di denaro o una minaccia criminale in modo diverso dalle banche convenzionali o da altre istituzioni legittime.

⁵⁸ R. PATHAK, *The Obstacles to Regulating the Hawala: A Cultrual Norm or a Terrorist Hotbed*, in *Fordham International Law Journal*, 2003, p. 2007 ss.; M.J. ROSENBAUM, *A Paper Chase in a Paperless World: Regulating Informal Value Transfer Systems*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2011, p. 169 ss. Cfr., altresì, F. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 94, che segnala "come il successo di *hawala* e del mo-

nella loro rete, permangono troppe incognite. In particolare, l'uso del flusso internazionale di merci, ritenuto un metodo comune, comporta rischi di evasione fiscale o di evasione dei dazi all'importazione. Inoltre, appare dubbio che le autorità finanziarie abbiano le capacità di verificare in quale misura gli *hawaladars* controllino i loro clienti. Anche il processo di eliminazione dei rischi (*de-risking*) è pertinente a questo proposito, in quanto i clienti respinti dai prestatori di servizi finanziari regolamentati, ricorrono talvolta a servizi illegali del genere.

In molti Stati, ciò ha comportato la necessità di monitorare e regolamentare la rete informale bancaria islamica. Tuttavia queste iniziative rimangono al di fuori del campo di applicazione del nuovo assetto normativo dell'UE relativo ai sistemi di pagamento e di rimesse.

Per garantire il corretto funzionamento del quadro finanziario europeo rispetto a minacce quali il riciclaggio, è necessario un approccio olistico. Difatti, dovendo affrontare una rete in continua evoluzione che trae profitto da ogni via di fuga, tutti i soggetti responsabili hanno il dovere di intensificare le forme di cooperazione. Solo con un'azione concertata si può tentare di combattere il riciclaggio, rafforzando così la stabilità del mercato interno e della società nel suo complesso.

11. Le sfide legislative delineate consentono di ricondurre la rete *hawala* in quelli che sono gli obiettivi principali della finanza islamica. Quest'ultima viene riportata alla branca "etica" della finanza ovvero al pensiero economico contemporaneo secondo il quale il denaro va utilizzato come mezzo e non come scopo, avendo a riferimento la persona umana⁵⁹.

Il fine del modello economico islamico è quello di assicurare la distribuzione della ricchezza attraverso le istituzioni create da tale sistema, ispirate a pratiche morali.

Ad esempio, è previsto il divieto di apposizione del tasso di interesse perché non è accettabile un tasso di produttività che venga garantito a prescindere dall'andamento dell'attività per cui è avvenuto il prestito⁶⁰. Il rendimento di un investimento è ammesso solo se il capitale assume la forma di un'attività reale, non monetaria,

dello del sistema di pagamento informale sia altresì ricondotto diffusamente all'autoregolamentazione. Ciò però è vero, solo se si aggiunge che si tratta, non di un'autoregolamentazione chiusa entro i limiti di ciascuna rete hawaladar, quanto piuttosto di un'autoregolamentazione che definirei 'aperta', che finisce per costruire regole uniformi e comuni a tutte le reti di intermediari – hawaladars", e, in particolare, "per il versante delle *regole* del sistema di pagamento, l'autoregolamentazione è lo *strumento* per costruire non solo regole comuni ai loro destinatari (qualunque sia la loro collocazione geografica), ma anche e soprattutto per 'costruire' la loro condivisione da parte dei medesimi destinatari e realizzare così uno dei punti di forza di hawala: ossia, l'efficienza e la sicurezza del sistema di pagamento, derivante dal carattere uniforme ed internazionalmente condiviso delle sue regole, e ciò perché osservare le regole conviene" (p. 95). Tuttavia lo stesso A. rileva che "con riferimento ad hawala, sarebbe riduttivo ritenere che l'autoregolamentazione sia solo una fra le possibili tecniche normative adottabili" (p. 94).

⁵⁹ A riguardo, P. PICONE, *Il Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 22 ss., che critica radicalmente la tesi che gli individui quali cittadini del mondo siano soggetti di diritto come destinatari di un ordinamento internazionale inteso "come un ordinamento verticale 'panumano' indirizzato direttamente agli individui".

⁶⁰ "Quel che voi prestate a riba perché aumenti sui beni degli altri, non aumenterà presso Dio. Ma quello che date in elemosina, bramosi del Volto di Dio, quello vi sarà raddoppiato" (Corano XXX, 39). In dottrina, G.M. PICCINELLI, *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 35 ss.

e se si associa all'assunzione di un rischio imprenditoriale. Per ciò che concerne il finanziamento, la banca islamica ha come obiettivo la valutazione della redditività di un progetto e non l'analisi del merito creditizio del soggetto finanziato o la sua capacità di fornire garanzie. Certamente la forza del sistema islamico risiede nella potenza dei suoi principi che ancora oggi legano il comportamento economico-finanziario ad un substrato etico-religioso.

Questo modello risulta una valida alternativa rispetto al sistema finanziario convenzionale⁶¹. Esso, in particolare, è in grado di garantire una riduzione del fenomeno della finanziarizzazione dell'economia globale, attraverso un più stretto collegamento tra economia finanziaria ed economia reale; la riduzione dell'incertezza connessa allo scambio, per via della conoscenza del cliente; la riduzione dei costi di transazione, poiché la banca non è un finanziatore esterno ma un partner per la buona riuscita dell'impresa; una efficace allocazione del risparmio, attraverso una migliore conoscenza dei prenditori di fondi e della loro capacità di produrre reddito.

La situazione nella quale versa attualmente l'intero mondo finanziario trae origine dall'assenza di etica nei comportamenti e dalle predominanti pratiche speculative volte a massimizzare i profitti personali grazie alla creazione di denaro per mezzo di altro denaro⁶².

Si è cominciato, dunque, a ricercare nuove strategie di investimento basate su regole e meccanismi diversi da quelli che hanno governato fino ad oggi il mondo finanziario. Queste nuove strategie possono rinvenirsi certamente nella finanza islamica e sarà interessante valutare come continuerà ad evolvere il suo ruolo nella finanza globale. In particolare, sarà interessante capire se alcuni dei precetti che guidano la finanza islamica riusciranno ad influenzare la finanza convenzionale, permettendo di concentrare l'attenzione sull'uomo in quanto tale e non sul mero arricchimento personale⁶³.

Si tratta comunque di un modello che, come abbondantemente emerso, si sta diffondendo anche in Europa, dove la comunità musulmana è in continua crescita, intravedendosi, ad opera di alcuni Stati, la volontà di concedere un volto istituzionale alla tradizione giuridica islamica verso la quale la pertinente giurisprudenza fa rinvio allorché rinvenga una lacuna nell'ordinamento, o quando il legislatore abbia mantenuto degli spazi all'autonomia negoziale dei privati, ovvero qualora vi sia da rilevare il contrasto tra i principi della *shari'a* e singole regole legislative di produzione statale. Per cui, tra le altre sfide, vi è senz'altro la necessità di integrare il modello islamico nel sistema convenzionale.

⁶¹ Si veda di recente N. RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Bari, 2018.

⁶² Cfr. L. GALLINO, *op. cit.*, p. 168 ss., "in poco più di vent'anni il sistema finanziario mondiale, quattro quinti del quale reca il marchio Usa e Ue, ha creato dal nulla una massa immensa di denaro, nell'ordine di centinaia di trilioni di dollari e di euro".

⁶³ F. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 95: "in ogni caso, molto semplicemente, la ragione di tutto ciò, la ragione della continuità del successo di hawala è riconducibile all'ambiente ed alla filosofia di hawala e del sistema informale in genere, dove tutto è o tende ad essere progettato e realizzato, pensando all'esperienza ed alle esigenze sia degli utenti sia degli intermediari e dei loro ausiliari, e più in generale di quanti dovranno soddisfare le esigenze degli utenti".

Abstract

Islamic *Hawala* and Money Laundering: The New Challenges for the EU Financial Legislation

Hawala systems are informal banking arrangements that allow the transfer of funds without using formal financial institutions. *Hawala* plays a role in facilitating remittances both domestically and internationally, especially those of migrant workers. Like any other informal remittance system, *hawala* systems play a key role in money laundering. The paper presents the features that make *hawala* attractive for legitimate and illegitimate uses and takes into consideration the application of the EU anti-money laundering legislation.



Note e Commenti

Pieralberto Mengozzi*

Norme costituzionali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un'incomprensione temporanea tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia?

SOMMARIO: 1. La sentenza *Granital* con cui la Corte cost. italiana si è avvicinata alla posizione assunta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Simmmenthal*. – 2. Le posizioni analoghe a quella della Corte cost. italiana assunte dalle Corti supreme in Germania ed in Polonia ed il ruolo attribuito ai giudici ordinari dalla Corte di giustizia nel caso *Elchinov*. – 3. La flessione della convergenza così determinatasi tra corti supreme nazionali e Corte di giustizia in più recenti pronunce della Corte cost. ceca e della Corte cost. tedesca. – 4. Il contrasto insorto tra la Corte cost. italiana ed i giudici di Lussemburgo per effetto della sentenza *Taricco*. – 5. *Segue*: il ridimensionamento di detto contrasto grazie al chiarimento che, su richiesta della prima, la Corte di giustizia ha reso il 5 dicembre 2017. – 6. *Segue*: il riprodursi del contrasto per effetto della sentenza n. 269 che la Corte cost. italiana, senza attendere detto chiarimento, ha reso il 7 novembre 2017. – 7. *Segue*: il chiarimento circa le rilevanti conseguenze di tale contrasto sull'efficacia diretta in Italia del diritto UE che la Corte di cassazione ha chiesto alla Corte cost. il 19 febbraio 2018.

1. La Corte di giustizia aveva già manifestato, nella sentenza *Simmmenthal* del 1978¹, il suo contrasto con la concezione dualistica dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, espressa dalla Corte cost. italiana con la sentenza *Costa c. Enel*². In tale occasione, aveva, infatti, affermato che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, con esse incompatibile senza doverne chiedere o attenderne

* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna.

¹ Sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, EU:C:1978:49. Sull'anticipazione che questa posizione aveva trovato sin dalla sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1, cfr. gli scritti apparsi in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (a cura di), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013*, Lussemburgo, 2013, nonché U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss.

² Sentenza n. 14 del 7 marzo 1964.

la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Con la pronuncia *Granital* dell'8 giugno 1984³, la Corte cost. italiana si era rilevante avvicinata alla posizione della Corte di giustizia: ha però desunto la non applicabilità di norme interne incompatibili con norme comunitarie direttamente efficaci dall'art. 11 Cost. (secondo cui "l'Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo") e dalla legge che ha dato esecuzione ai Trattati istitutivi delle Comunità. Ribadendo, poi, la sua tradizionale concezione dualistica, ha precisato che tale posizione non è definitiva, ma condizionata ad una compatibilità nel tempo del diritto comunitario con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano e con i diritti fondamentali della persona umana che esso tutela.

Questa precisazione è stata intesa come una prospettazione di una dottrina dei controlimiti destinata a contenere la non applicazione, imposta dalla sentenza *Simmenthal*, di qualsiasi disposizione dell'ordinamento nazionale anche posteriore contrastante con norme comunitarie direttamente applicabili. Questa dottrina è stata concretamente applicata dal Consiglio di Stato in una sua sentenza del 2005⁴ concernente una causa riguardante la tutela del diritto alla salute. Tale pronuncia è, per lungo tempo, rimasta isolata, con la conseguenza che tra la giurisprudenza italiana e quella comunitaria sino ad epoca recente non si sono verificate ulteriori discrepanze.

2. Una simile sintonia con la Corte di giustizia si è verificata sino al 14 gennaio 2014 in Germania dove, dopo un allineamento con l'ordinanza *Solange II* del 22 ottobre 1986⁵ alla pronuncia italiana *Granital*, la Corte cost. tedesca (BundesVerfassungsgericht-BVerfG) è addirittura giunta, con l'ordinanza *Honeywell* del 6 luglio 2010⁶, a fare applicazione di un principio di amicizia nei confronti del diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) affermando: a) di essere vincolata a fare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di accertare la

³ Sentenza n. 170.

⁴ Sentenza del 19 aprile 2005, n. 4207/05, *Società Admenta Italia c. Federfarma*. In tale sentenza, il Consiglio di Stato, dopo aver assunto che l'applicazione di quella dottrina rappresenta il naturale svolgimento del modo italiano di intendere il diritto comunitario nel suo rapporto con l'ordinamento interno, ha affermato che non è "consentito che il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola all'applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata". Su di essa cfr. O. POLLICINO, *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1939 ss.; A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (A margine di Cons. St., sez V, n. 4207 del 2005)*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, vol. IX, Torino 2006, p. 398; U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 496 ss.

⁵ Causa 2BvR 197/83.

⁶ Causa 2BvR 2661/06. Su di essa cfr. M. PAYANDEH, *Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 9.

non applicabilità in Germania di un atto dell'Unione perché *ultra vires*; b) di poter considerare *ultra vires* un tale atto solo in presenza di una violazione della sua competenza sufficientemente qualificata e cioè, non solo palese, ma anche dante luogo ad uno spostamento strutturalmente significativo delle competenze tra Stati membri ed organizzazione sovranazionale; c) di riconoscere che la Corte di giustizia è legittimata a sviluppare e perfezionare il diritto dell'Unione europea; d) di doversi pronunciare, nel caso di una misura dell'Unione europea apparentemente *ultra vires*, sulla valutazione compiuta dalla Corte di giustizia, senza sostituirla con la sua quando la relativa interpretazione possa condurre a risultati diversi nel quadro consueto della discussione scientifica; e) di ritenere che un atto dell'Unione *ultra vires* può rimanere efficace pur se lesivo di un diritto fondamentale, se il pregiudizio da esso causato si lascia adeguatamente ristorare.

Una posizione analoga è stata presa dalla Corte cost. polacca con la sentenza resa il 16 novembre 2011⁷.

In correlazione a questo atteggiamento favorevole alla piena efficacia del diritto dell'Unione delle corti supreme nazionali la Corte di giustizia, con la sentenza *Elchinov* del 5 ottobre 2010⁸, ha, per parte sua, affermato che un giudice non di ultima istanza, se ritiene che la valutazione in diritto espressa da un'istituzione giudiziaria superiore in un caso di fronte ad esso pendente possa condurlo ad emettere un giudizio incompatibile con il diritto dell'Unione, deve essere libero di avanzare una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* sul caso su cui deve pronunciarsi.

La Corte, in Grande sezione, ha affermato, anche in termini più ampi, la libertà garantita ai giudici comuni nazionali dal diritto UE con la pronuncia pregiudiziale resa il 27 febbraio 2018 nel caso *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas*⁹ in cui il Supremo tribunale amministrativo portoghese le chiedeva di esprimersi sull'interpretazione da dare al par. 1, co. 2, dell'art. 19 TUE, secondo il quale “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”, perché doveva pronunciarsi su un ricorso per l'annullamento di misure riduttive della remunerazione dei giudici della Corte dei conti portoghese. La Corte di giustizia, dopo aver affermato, al punto 43, che l'indipendenza dei giudici nazionali è essenziale, in particolare, per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziale costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, al punto 44 ha precisato che “la nozione di indipendenza presuppone (...) che l'organo di cui trattasi eserciti le sue funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte”. Sulla base di questa precisazione, ritenendo evidentemente che l'art 19 TUE abbia superato l'idea talora precedentemente sostenuta che l'organizzazione giudiziaria degli Stati membri rientrasse solo nella loro competenza interna e non fosse incisa da quella UE, ha affermato l'esistenza di un obbligo di carattere strutturale di detti Stati di predisporre e garantire che in essi

⁷ Sentenza del 16 novembre 2011, causa SK 45/09.

⁸ Causa C-173/09, EU:C:2010:581. Cfr. PI. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli e i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, 2011, p. 90 e la bibliografia ivi citata.

⁹ Causa C-64/16, EU:C:2018:117.

operino dei giudici atti ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva di situazioni giuridiche suscettibili di essere potenzialmente sancite “nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione” (obbligo ben differente, e operante a monte, rispetto a quello di applicare le disposizioni della Carta UE sancito dal suo art. 51 a carico di quegli Stati quando essi debbano dare concretamente attuazione al diritto UE). Ne ha desunto, con riferimento al caso che entrava in linea di conto nella causa principale, che le misure adottate nei confronti dei giudici della Corte dei conti portoghese non pregiudicassero la loro indipendenza solo perché: a) avevano carattere temporaneo; b) non riguardavano specificamente quei giudici ma erano connesse ad esigenze di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio e ad un programma di assistenza finanziaria dell’Unione; c) erano riconducibili a misure legislative generali dirette ad un insieme dei membri del pubblico impiego nazionale. Conseguenza ne è stata che la Corte ha implicitamente sancito l’incompatibilità con l’art. 19 TUE di comportamenti di Stati membri pregiudizievoli nei confronti dei propri giudici non presentanti caratteristiche di tale tipo o analoghe, come quelli recentemente posti in essere dalla Polonia¹⁰.

3. La convergenza che, a questo modo, in un rilevante arco di tempo, si è riscontrata tra la Corte di giustizia e le corti supreme nazionali, ha subito una flessione, nel senso di un’applicazione concreta dell’approccio dualista da queste mai teoricamente abbandonato, a cui non sono rimasti estranei i rapporti tra la Corte di giustizia e la Corte cost. italiana.

Una prima rilevante manifestazione di un tale fenomeno si è avuta con la sentenza adottata dalla Corte cost. ceca nel caso *Landtovà*, concernente le c.d. pensioni slovacche¹¹ in relazione all’applicazione di un regolamento comunitario che ha recepito la disciplina, contenuta nell’accordo concluso da detta Repubblica con la Repubblica slovacca, relativa ai trattamenti pensionistici di persone che preceden-

¹⁰ Sulle quali cfr. L. PECH, S. PLATON, *Menace systématique envers l’Etat de droit en Pologne: entre action et procrastination*, 13 novembre 2017, in www.robert-schuman.eu. È interessante notare come, in corrispondenza a detto obbligo strutturale degli Stati membri di rispettare l’art. 19 TUE, con una richiesta di pronuncia pregiudiziale, il cui esame è attualmente in corso, l’Alta Corte irlandese: a) abbia sottoposto alla considerazione della Corte di giustizia le perturbazioni all’indipendenza dei giudici polacchi concretanti una “*défaillance fondamentale et généralisée*” del sistema giudiziario costituita dal fatto che in Polonia il Ministro della giustizia è diventato una sorta di procuratore generale che esercita un ruolo disciplinare sui presidenti di una giurisdizione, che i giudici della Corte suprema siano stati posti in pensione o possano essere nominati d’ufficio da organi politici e che la composizione del Consiglio superiore della magistratura sia determinata prevalentemente secondo nomine politiche; b) abbia chiesto ai giudici del Lussemburgo di accertare se la situazione a questo modo determinatasi in Polonia sia incompatibile con il diritto fondamentale ad un processo equo di una persona che quello Stato abbia richiesto ad un altro Stato membro che gli fosse consegnata nel quadro dell’esecuzione di un mandato di arresto europeo. Anche se con la loro richiesta di pronuncia pregiudiziale i giudici irlandesi non hanno letteralmente richiamato l’art. 19 TUE, si sono basati sul principio che esso sancisce, invocando concretamente una violazione del diritto fondamentale all’indipendenza dei giudici degli Stati membri che la sentenza *Associação dos Juizes Portugueses* aveva solo enunciato escludendone la concreta violazione. Per questo la nuova sentenza pregiudiziale che la Corte di giustizia è ora chiamata a pronunciare potrà ulteriormente ed ancor più esplicitamente rafforzare quanto essa aveva affermato in *Elchinov*.

¹¹ Sentenza del 31 gennaio 2012, Pl. ÚS 5/12. Su tale sentenza cfr. R. ZBIRAL, *Czech Constitutional Court, Judgment of 31 January 2012, Pl. US 5/12: A Legal Revolution or Negligible Episode? Court of Justice Decision Proclaimed Ultra Vires*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1 ss.

temente alla scissione della Cecoslovacchia erano stati parte a rapporti di lavoro svoltisi nei territori successivamente divenuti soggetti alla sovranità delle due Repubbliche.

In questo caso il funzionamento della struttura triangolare di rapporti che è stata evidenziata nella sentenza *Elchinov* e che comprende, oltre alla Corte di giustizia, giudici non di ultima istanza e corti di ultimo grado degli Stati membri, ha occasionato un forte contrasto. Sulla base di un regolamento UE che aveva recepito una Convenzione conclusa tra la Repubblica ceca e lo Stato slovacco al momento della scissione della Cecoslovacchia, una cittadina ceca avrebbe dovuto beneficiare del regime pensionistico dello Stato slovacco perché aveva lavorato nel territorio divenuto sottoposto alla sovranità di questo Stato. Nel corso di una procedura davanti ai giudici amministrativi del suo Paese, che avevano calcolato la sua pensione sulla base di tale Convenzione, questa persona aveva invocato, contro l'applicazione di quel regolamento, una pronuncia della Corte cost. ceca secondo cui un cittadino ceco residente nella Repubblica ceca, ove soddisfatti le condizioni legali per beneficiare del diritto ad una pensione più consistente di questo Paese, può fare valere un tale diritto. La Corte suprema amministrativa ceca ha allora domandato alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto UE della regola risultante dalla decisione della Corte cost. La Corte di giustizia ha, sì, riconosciuto che la Repubblica ceca poteva applicarla, ma ne ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto UE perché l'applicazione del regime favorevole che ne risultava non poteva essere riservato unicamente a persone provviste di cittadinanza ceca e di residenza in tale Repubblica¹². La Corte cost. ceca ha fortemente reagito: a) ha affermato che la Corte di giustizia aveva statuito *ultra vires* e che la sua pronuncia non poteva avere alcuna incidenza su diritti protetti dall'ordinamento costituzionale ceco; b) ha dichiarato incostituzionali le leggi che erano state adottate per adattare l'ordinamento interno a quanto discendente dalla pronuncia della Corte di giustizia¹³. Ne è seguita una non meno forte reazione da parte della Corte suprema amministrativa, che ha dichiarato *ultra vires* l'affermazione della Corte cost. perché, essendo contraria a ciò che era stabilito dalla Corte di giustizia, doveva essere sprovvista di forza obbligatoria in seno all'ordinamento giuridico ceco¹⁴.

¹² Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2011, causa C-399/09, *Landtovà*, EU:C:2011:415.

¹³ Per un atteggiamento sostanzialmente analogo cfr. la sentenza resa il 16 dicembre 2016, *Ajos* (rinvenibile in *Supreme Court DK, The Relationship between EU Law and Danish Law in a Case Concerning a Salaried Employee*) dalla *Supreme Court* danese che ha negato l'applicabilità in Danimarca del divieto di discriminazione basata sull'età affermato dalla Corte di giustizia in *Mangold* (sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, EU:C:2005:709) per la ragione che questa interdizione è stata dedotta da un principio generale non scritto e la legge danese sull'adesione alla Comunità europea non ha espressamente previsto che la Corte di giustizia possa applicare un tale principio. Cfr. S. KLINGE, *Dialogue or Disobedience between the ECJ and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court Challenges the Mangold Principle*, in eulawanalysis.blogspot.it, 2016/12. Per una precisazione contenuta in tale sentenza, secondo cui i giudici nazionali possono procedere ad una valutazione *ultra vires* di atti comunitari senza previa richiesta di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia solo in situazioni straordinarie, cfr. H. KRUNKE, *The Danish Lisbon Judgment – Danish Supreme Court, Case 199/2012, Judgment of 20 February 2013*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 542.

¹⁴ Su tale pronuncia cfr. P. MENGOZZI, *A European Partnership of Courts. Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 713 ss. e la bibliografia ivi citata.

Una seconda manifestazione dello stesso fenomeno si è avuta con il rapporto che si è stabilito tra la Corte cost. tedesca e la Corte di giustizia a seguito di una domanda pregiudiziale con cui il 14 gennaio 2014 la prima ha chiesto alla seconda di pronunciarsi sulla legittimità del Programma *Outright Monetary Transactions* (OMT) che la Banca centrale europea aveva annunciato di voler adottare per far fronte al forte aumento dei tassi di interesse che, con rischio per la stabilità dell'euro, i Paesi più deboli della zona in cui questo vige sono stati costretti ad offrire per collocare sul mercato i propri titoli del debito pubblico¹⁵

Si trattava del primo caso in cui la Corte cost. tedesca avanzava una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia. In essa, però, la Corte cost. tedesca: a) ha indicato punto per punto le condizioni che la Corte di giustizia avrebbe dovuto porre affinché gli interventi della BCE potessero essere considerati legittimi in Germania; b) si è riservata la facoltà di esprimersi nuovamente; c) ha dichiarato che non avrebbe permesso l'attuazione del programma ove le condizioni indicate nella sua domanda pregiudiziale non fossero state confermate dalla Corte di giustizia. A parte il tono fortemente sovranista con cui si è espressa, la Corte cost. tedesca ha così chiaramente dato segno di volere essa stessa determinare, in quanto giurisdizione di ultima istanza, se un atto sia stato adottato *ultra vires* e quindi di volere fare applicazione della dottrina dei controlimiti.

Dopo una sentenza con cui la Corte di giustizia ha affermato la conformità del Programma OMT al diritto UE ed in particolare all'art. 127 TFUE¹⁶ in ragione della legittimità dei criteri che la BCE aveva applicato con riferimento al caso di specie, i giudici di Karlsruhe, invece, hanno artatamente sostenuto che quella sentenza aveva statuito, *ex novo*, le condizioni al cui darsi quel programma e la sua attuazione dovevano conformarsi, precisando che i criteri da loro attribuiti ai giudici di Lussemburgo erano destinati ad imporsi in via generale anche con riferimento ad ulteriori casi che non presentassero le stesse specifiche caratteristiche¹⁷. In seguito all'adozione da parte della BCE di un nuovo programma, il Programma *Quantitative Easing*, avente sempre ad oggetto l'acquisto di titoli di Stato dei Paesi dell'area euro, la Corte cost. tedesca, inoltrando, il 17 agosto 2017, una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, ha sostenuto che la BCE aveva disatteso tali criteri. E ciò, nonostante il Programma OMT miri a far fronte alle perturbazioni del meccanismo di trasmissione della politica monetaria della BCE, costituito dalle banche, e ad una frammentazione delle condizioni di riferimento di queste e dei costi del credito, e il Programma *Quantitative Easing* volga, invece, a mantenere nell'area euro un'inflazione che si avvicina al 2%. A questo modo non vi è dubbio che tale atteggiamento dei giudici di Karlsruhe costituisce un modo indi-

¹⁵ Questo aumento comportava una frammentazione del credito interbancario incidente negativamente sul funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica comunitaria costituito dall'attività delle banche ed un incremento della speculazione finanziaria.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 127 TFUE “[f]atto salvo l’obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali dell’Unione al fine di contribuire alla realizzazione dei [suoi] obiettivi”, comprendenti quello di promuovere la pace, i suoi valori ed il benessere dei suoi popoli.

¹⁷ Sul punto cfr. P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2018, II ed., p. 188, nonché D. VITIELLO, *Il dialogo giurisprudenziale sul Programma OMT: rapporti tra ordinamenti, identità nazionale e controlimiti*, in E. TRIGGIANI e al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. II, Bari, 2017, p. 1059.

retto di sottrazione al potere esclusivo della Corte di giustizia di stabilire la validità di atti UE accertando la legittimità degli obiettivi perseguiti e la proporzionalità di questi atti al perseguimento di tali obiettivi, in modo cioè sostanzialmente analogo all'applicazione della dottrina dei controlimiti.

4. La flessione della convergenza tra Corte di giustizia e Corti supreme nazionali ha, come sopra anticipato, trovato riscontro nel rapporto tra i giudici di Lussemburgo e quelli della Corte cost. italiana nel caso *Taricco*¹⁸ (nel prosieguo indicata come *Taricco I*), in cui i primi, con riferimento a procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA, sono stati richiesti dal Tribunale di Cuneo di pronunciarsi sulla conformità con il 1° e il 2° par. dell'art. 325 TFUE di modifiche apportate in Italia agli articoli 160 e 161 c.p., nella misura in cui tali norme, applicabili all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, prevedevano che l'atto interruttivo del termine di prescrizione comportasse il prolungamento di tale termine di solo un quarto della sua durata iniziale¹⁹. Quel Tribunale ha avanzato tale richiesta perché i paragrafi 1-2 dell'art. 325 TFUE sanciscono, rispettivamente, che “[l]’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione” e “[g]li Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”.

Nella sentenza *Taricco I* la Corte di giustizia si è basata sull'idea di un'applicazione ai fatti di causa dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE (considerato in quella sentenza direttamente applicabile)²⁰ a discapito dell'applicazione degli articoli 160 e 161 c.p. in ragione del fatto che tale disapplicazione concerneva infrazioni che, al momento della loro commissione, il diritto nazionale reprimeva e sanzionava penalmente. Con ciò, considerando il regime della prescrizione come un regime di carattere procedurale e non sostanziale, come invece fatto dalla giurisprudenza italiana, ha tenuto conto dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE che, sancendo il principio di legalità in materia penale, stabilisce che “nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale” e “[p]arimenti,

¹⁸ Sentenza della Corte (GS) dell'8 settembre 2015, *Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e a.*, causa C-105/14, EU:C:2015:555.

¹⁹ Una posizione pienamente conforme al dubbio risultante dalla richiesta di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Cuneo è stata presa dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni presentate nella causa *M.A.S. e M.B.* di cui immediatamente in appresso. A suo avviso (punti 79 e 108-109) il regime dell'interruzione della prescrizione per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione devono intendersi in termini autonomi. Di conseguenza ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompono il termine di prescrizione, facendo quindi “decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato” (par. 101). Su tali conclusioni, in senso critico, cfr. R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, 20 novembre 2017, in www.forumcostituzionale.it; L. DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European Papers*, 2017, p. 1 ss.

²⁰ Ai punti 51-52 essa ha ritenuto che le due disposizioni impongano agli Stati un obbligo di risultato preciso non accompagnato da condizioni in ordine all'applicazione delle regole enunciate.

non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”. Evidentemente sulla base di un’idea di piena efficacia ed autonomia del diritto dell’Unione non ha invece prestato attenzione all’art. 25, co. 2, Cost. italiana, che accoglie un principio di legalità più ampio, secondo cui una persona può essere punita per un delitto solo sulla base di una legge, e quindi anche su quanto da questa disposto per quanto riguarda il termine di prescrizione entrato in vigore prima del delitto in questione. Di conseguenza, pur lasciando ai giudici italiani la verifica dell’applicabilità di quanto si è premurata fermamente di affermare, la Corte di giustizia ha dichiarato che la regolamentazione italiana poteva compromettere, da parte del nostro Paese, gli obblighi sanciti dall’art. 325 TFUE²¹ a carico degli Stati membri d’imporre sanzioni effettive e dissuasive nei confronti di soggetti che siano rei di aver dato luogo a “un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”.

5. In reazione a questa sentenza la Corte d’appello di Milano, con ordinanza del 2015²², e la Corte di cassazione italiana, con ordinanza del 2016²³, in sintonia con l’esigenza di una concreta applicazione della costruzione dualistica dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell’Unione sostenuta da ampi settori della dottrina²⁴, hanno avanzato una questione di costituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona per la parte in cui ha autorizzato l’applicazione in Italia dell’art. 325 TFUE come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia del 2015 nel caso *Taricco I*. Queste due giurisdizioni hanno lamentato che la Corte di giustizia non avesse prestato alcuna attenzione al co. 2 dell’art. 25 Cost.²⁵.

La Corte cost., in uno spirito di leale cooperazione e di fiducioso dialogo con la Corte di giustizia, prima di pronunciarsi sulla questione sottoposta, con ordinanza del 23 novembre 2016, n. 24, ha rivolto a quest’ultima un’ulteriore questione pregiudiziale con la quale le ha chiesto se, nella pronuncia *Taricco I*, avesse ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola risultante da tale sentenza anche quando questa confligga con due principi saldamente affermati dalla giurisprudenza costituzionale italiana. Innanzitutto con il principio secondo cui il riconoscimento del primato del diritto UE è condizionato nel nostro Paese dall’osservanza dei principi supremi dell’ordine costituzionale e dei diritti inalienabili

²¹ Per ampie critiche di tale pronuncia cfr. i contributi contenuti nella terza parte del volume a cura di A. BERNARDI, *I controllimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, nonché l’ulteriore bibliografia contenuta in D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 400. Per una sua puntuale approvazione e per una sua qualificazione come sentenza che per la prima volta ha statuito un obbligo di disapplicazione di una disposizione nazionale discendente dal suo contrasto con il diritto primario dell’UE, con effetto espansivo della responsabilità penale dell’individuo cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 10.

²² Ordinanza del 18 settembre 2015.

²³ Ordinanza del 30 marzo 2016 (depositata l’8 luglio 2016), n. 28346.

²⁴ Cfr. M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi e conflitto identitario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 224 ss.

²⁵ Per un’esplicita configurazione delle posizioni prese da queste due giurisdizioni e del seguito ad esse dato dalla Corte cost. come reazioni rispetto alla sentenza *Taricco I*, cfr. L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, 18 dicembre 2017, in www.forumcostituzionale.it.

della persona; e poi con il principio di legalità a termini del quale le norme penali non devono essere retroattive e devono essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti capaci: a) di consentire alle persone di comprendere quali possano essere le conseguenze della loro condotta sul piano penale; b) di impedire l'arbitrio applicativo del giudice. Ed ha accompagnato questa richiesta richiamando, da un lato, che il principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., a differenza di quanto stabilito dall'art. 49 della Carta UE, copre anche il regime della prescrizione; e, d'altro lato, che non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell'ambito giuridico europeo²⁶ e che secondo la sentenza *Taricco I* gli Stati membri non devono rinunciare ad applicare le proprie disposizioni e tradizioni costituzionali risultanti di maggiore favore per l'imputato²⁷.

A conforto della sua richiesta, essa ha affermato che la legittimità e la forza dell'unità in seno ad un ordinamento composito e plurale, quale l'ordinamento UE, nascono dalla capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale degli Stati membri. Le ha, di conseguenza, chiesto di precisare se i nuovi articoli 160 e 161 c.p. non debbano essere applicati nei casi in cui, come previsto dalla sentenza *Taricco I*, soggetti siano rei di aver dato luogo a "un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione," anche se ciò concreterebbe una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene della Costituzione italiana, che ha un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee "perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità" ivi compreso il regime della prescrizione²⁸.

La Corte di giustizia, pronunciandosi al riguardo con la sentenza *M.A.S. e M.B.*²⁹, non ha seguito l'Avvocato generale Bot che, nelle conclusioni presentate nel caso³⁰, aveva affermato che l'art. 4, par. 2, TUE (a termini del quale "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri e la loro identità nazionale") non consente all'autorità giudiziaria di uno Stato membro di opporsi all'esecuzione dell'obbligo stabilito in *Taricco I* dal momento che l'applicazione immediata a un procedimento in corso di un termine di prescrizione più lungo di quello previsto dalla legge in vigore al momento della commissione del reato non sarebbe tale da compromettere l'identità nazionale di tale Stato³¹.

La Corte di giustizia ha differenziato la sua posizione da quella dell'Avvocato generale rispondendo negativamente al quesito sottopostole dalla Consulta. Al riguardo, riprendendo quanto osservato nell'ordinanza di rinvio³², essa, modifi-

²⁶ Punto 4.

²⁷ Su tale ordinanza cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 1 ss. e la bibliografia ivi citata, nonché P. MORI, *Corte costituzionale chiede alla Corte di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controllimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 407 ss.; U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità*, cit., p. 503 s., nonché D. GALLO, *op. cit.*, p. 307 ss.

²⁸ Per un richiamo del fatto che la giurisprudenza consolidata della Corte cost. considera la disciplina delle prescrizioni parte integrante della materia compresa dalla legge ex art. 25, co. 2, Cost., cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ Sentenza della Corte (GS) del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, EU:C:2017:936.

³⁰ EU:C:2017:564.

³¹ Sui commenti suscitati da tali conclusioni cfr. D. GALLO, *op. cit.*, p. 404, nota 205.

³² Punto 4.

cando sensibilmente il ragionamento svolto in *Taricco I*, ha rilevato che, alla data dei fatti di causa, il settore della tutela degli interessi finanziari UE attraverso la previsione di sanzioni penali rientrava “nella competenza concorrente dell’Unione degli Stati membri³³ e che l’Italia era libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati ed alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse, a questo titolo, soggetto, come queste ultime norme, al proprio principio di legalità dei reati e delle pene³⁴. Ne ha, per un verso, desunto che è consentito ai giudici nazionali di applicare i propri standard di tutela dei diritti fondamentali, con la conseguenza che spetta loro verificare se un’interpretazione dell’art. 325 TFUE concreti una violazione dei principi di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. E, per altro verso, ha prestato attenzione ad un’ulteriore osservazione contenuta nell’ordinanza di rinvio della Consulta, per la quale un’applicazione della regola *Taricco I* nel caso di specie avrebbe urtato contro il principio di legalità in materia penale dell’ordinamento italiano, che per i giudici costituzionali italiani richiede che le norme penali consentano la percepibilità da parte delle persone delle conseguenze della propria condotta sul piano penale ed impediscano l’arbitrio applicativo del giudice³⁵.

La Corte di giustizia non ha, però, potuto trascurare il principio usualmente seguito, secondo cui, quando in una materia in qualche modo collegata all’applicazione del diritto UE sussiste una competenza concorrente degli Stati membri, l’esercizio di tale competenza deve essere sottoposto ad un inquadramento da parte dei principi del diritto comunitario³⁶. Ne ha tratto la conseguenza che i giudici italiani, nell’applicare il regime italiano della prescrizione, non devono compromettere il primato, l’unità e l’effettività del diritto UE³⁷ ed in particolare ha ricordato “l’importanza, tanto nell’ordinamento giuridico dell’Unione, quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene³⁸. E, quel che più importa, ha sottolineato la comunanza che tale principio presenta nei due ordinamenti “nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile³⁹, precisando che l’obbligo di garantire l’efficace riscossione delle risorse dell’Unione non può contrastare con tale principio.

Ha, in questo modo, da un lato, evitato di riconoscere che il rispetto di tali esigenze costituisce l’effetto dell’entrata in funzione di un controlimite opponentesi nell’ordinamento italiano alla diretta applicabilità dell’art. 325 TFUE⁴⁰ e, d’altro

³³ Punto 43.

³⁴ Punti 43-45. Su di essi cfr. A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell’Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, 2018, p. 47.

³⁵ Su questo aspetto di contrasto della sentenza *Taricco I* con il principio di legalità in materia penale dell’ordinamento italiano cfr. M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 225 ss.

³⁶ Cfr. K. LENAERTS, *L’encadrement par le droit de l’Union européenne des compétences des Etats membres*, in *Chemins de l’Europe, Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 421.

³⁷ Punto 47.

³⁸ Punto 51.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Per un’esplicita esclusione che i giudici di Lussemburgo abbiano ormai riconosciuto la legittimità del ricorso da parte di giudici degli Stati membri alla teoria dei controlimiti e che, perciò, ogni volta

lato, ha abbandonato la posizione precedentemente espressa secondo cui i giudici degli Stati membri, nell'attuazione delle prescrizioni in materia penale del diritto UE, devono applicare il principio di legalità di cui all'art. 49 della Carta UE, assumendo invece che essi le debbano attuare tenendo conto dei requisiti di prevedibilità, di determinatezza e di irretroattività che tale principio presenta, tanto nell'ordinamento giuridico UE, quanto negli ordinamenti giuridici nazionali.

Abbandonando la situazione marcatamente autonomista e conflittuale risultante da *Taricco I*, la Corte di giustizia ha, così, dato positivo riscontro allo spirito di collaborazione e dialogo con cui la Corte cost. italiana le si è rivolta con l'ordinanza n. 24/2016.

6. La posizione adottata nel 2017 dalla Corte di giustizia nel caso *M.A.S. e M.B.*, molto diversa da quella adottata nel 2015 con la sentenza *Taricco I*, non è giunta in tempo utile alla conoscenza della Corte cost. affinché questa potesse tenerne conto⁴¹ in una procedura in cui, su richiesta della Commissione tributaria di Roma, il 7 novembre 2017, con la sentenza n. 269, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di un d.l. del 24 gennaio 2012 che, al fine di assicurare il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prevede l'applicazione di contributi a carico di imprenditori con fatturato superiore a 50 milioni di euro.

In tale sentenza la Corte cost., pur rilevando che la questione sottoposta non concerneva il contrasto di norme nazionali con il diritto UE, in quanto tali norme erano destinate a trovare applicazione in relazione ad una società italiana avente sede in Italia, ha inserito una precisazione che, più che un *obiter dictum*, pare costituire l'enunciazione di una sua nuova dottrina sulla diretta applicabilità di norme dell'Unione sufficientemente determinate⁴². Tale precisazione, a suo giudizio, "si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto UE e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona", trasformazioni che hanno dato luogo ad un'attribuzione alla Carta UE dello stesso vigore giuridico dei Trattati e che, in dottrina, non si è mancato di soste-

che quei limiti dovessero essere davanti a loro invocati, essi ne debbano tenere conto cfr. A. RUGGERI, *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, in *Freedom, Security and Justice*, 2018, p. 8 s.

⁴¹ Per una critica di questa astensione della Corte di giustizia dal verificare essa stessa, anziché lasciarne il compito alle corti costituzionali/supreme degli Stati membri, se una violazione dei diritti fondamentali, di rango costituzionale, possa realizzarsi, ma anche dal dare concretezza all'art. 325 TFUE cfr. D. GALLO, *op. cit.*, p. 417. Così facendo, secondo questo A., la Corte ha abdicato al suo ruolo di indirizzare la comunità sull'applicazione di una norma che la prima è chiamata ad interpretare, in quanto appartenente all'ordinamento UE. Non si può perciò essere d'accordo con quanto sostenuto da A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 10, ove osserva che è stato a causa del risultato vincente ottenuto con *Taricco II* che la Consulta si è sentita incoraggiata a dar luogo alla svolta operata con la sentenza n. 269, riportando il 7 novembre 2017 al sindacato accentrato di costituzionalità anche i casi di violazione di norme *self-executing* della Carta di Nizza-Strasburgo. Per una non così netta interpretazione di questa sentenza e, anzi, per un suo possibile intendimento in senso opposto faccio, peraltro, rinvio a quanto preciserò immediatamente appresso nel testo.

⁴² Per una sua analoga qualificazione come "*constitutional canon*" cfr. C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali-Rassegna*, 2017, n. 12.

nere abbiano determinato un fenomeno di “traboccamento”⁴³. Con tale precisazione si è riferita al caso in cui, davanti ai giudici italiani, sia invocata l’incompatibilità di una disposizione legislativa interna, non solo con la Carta dei diritti fondamentali UE, ma anche con la Costituzione italiana e la questione del contrasto con quest’ultima sia stata devoluta alla Corte cost. In quel caso, a suo avviso, i giudici devono comportarsi tenendo conto di quanto sancito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Melki e Abdeli*⁴⁴, in una situazione in cui la Corte di cassazione francese le ha posto il problema della compatibilità con il diritto dell’Unione di una legge organica che ha stabilito la necessità, per un caso di c.d. doppia pregiudizialità in cui i giudici ordinari siano chiamati a pronunciarsi sulla conformità di una legge nazionale con il diritto UE e con il diritto costituzionale, di dare priorità a questa seconda questione. A suo giudizio, in quel caso, la Corte di giustizia, per ritenere che il diritto UE “non osta” al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle corti costituzionali, avrebbe dato importanza decisiva al fatto che i giudici ordinari restano liberi di sottoporre alla Corte di giustizia “in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria”, di “adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione” e di “disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione”⁴⁵.

Indicando di porsi in linea con la Corte di giustizia, la Corte cost. ha lasciato intendere di seguire quanto la prima, a suo giudizio in modo decisivo, avrebbe affermato indicando che il diritto UE “non osta” al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità purché i giudici ordinari restino liberi “di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione”. E, senza in alcun modo discostarsi da detta indicazione circa il momento a partire dal quale i giudici ordinari restano liberi di disapplicare la disposizione legislativa nazionale in questione (momento costituito dal termine del giudizio di legittimità costituzionale), ha sinteticamente affermato che, laddove una legge (entrante in linea di conto nel caso concreto) sia oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Cost. italiana quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali UE in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale o di invalidità del diritto UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE.

È ragionevole ritenere che questo atteggiamento sia stato determinato dalla mancata attenzione al principio di legalità di cui all’art. 25 Cost., riscontrabile nella sentenza *Taricco I*, e dal fatto che esso sia stato espresso prima che i giudici della

⁴³ Per l’uso di quest’espressione cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia. Relazione all’incontro di studio tra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia, Italia*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2017, n. 4, p. 11 s.; L. SALVATO, *op. cit.*

⁴⁴ Sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, EU:C:2010:363.

⁴⁵ Sentenza n. 269/2017, punto 5.2.

Consulta avessero preso conoscenza della sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *M.A.S. e M.B.* e dopo le conclusioni che, nello stesso caso, a difesa della sentenza *Taricco I*, l'Avvocato generale ha presentato il 18 luglio 2017.

È stato giustamente notato che, ove i giudici ordinari italiani, di fronte a una pretesa di incompatibilità della legge interna con la Cost. e con la Carta dei diritti fondamentali, non facciano rinvio alla Corte cost., nessun problema si pone⁴⁶. Quanto affermato dai giudici della Consulta nella sentenza n. 269/2017 assume, invece, una significativa rilevanza e non è condivisibile per il caso in cui un tale rinvio sia stato effettuato e, quindi, si ponga una doppia questione pregiudiziale. Ciò, innanzitutto, perché, mentre la non applicazione di una legge interna incompatibile con norme comunitarie direttamente applicabili lascia sussistere la vigenza della prima nell'ordinamento interno, la dichiarazione di una sua illegittimità mediante procedura costituzionale la elimina completamente da tale ordinamento. Si tratta di due fenomeni distinti ed autonomi, il che implica naturalmente che l'uno possa prendere grado e svolgersi parallelamente all'altro. E, poi, perché quella sentenza, per prospettare ai giudici ordinari come devono operare, si caratterizza per due dati, un primo di carattere letterale e un secondo, ben più importante, col primo strettamente connesso, relativo al completo contenuto della sentenza *Melki e Abdeli* e al modo in cui essa è intesa e seguita nell'ambito giudiziario francese da cui è pervenuta la richiesta pregiudiziale che ha portato alla sua adozione.

Per quanto riguarda il primo punto, la Corte cost. fa riferimento al contenuto immediatamente sopra riportato della sentenza in questione intendendone la portata nel senso che il funzionamento dell'art. 267 TFUE esige che il giudice ordinario sia libero di “disapplicare, al termine del giudizio incidentale di costituzionalità, la disposizione legislativa di cui trattasi”, ma non nel senso che questo giudice sia libero *comunque* di disapplicarla, al termine di siffatto procedimento incidentale, come invece è stato più adeguatamente inteso in una recente relazione del giudice costituzionale Augusto Barbera⁴⁷.

Per quanto riguarda il secondo punto, la Corte cost. non ha tenuto conto del fatto che:

- a. la Corte di giustizia ha collegato le espressioni a cui la sentenza n.269/2017 fa riferimento ad un'affermazione inequivoca atta a precisarne la portata secondo cui sarebbe incompatibile con le esigenze inerenti alla natura del diritto dell'Unione ogni disposizione di un ordinamento nazionale o qualsiasi pratica, legislativa, amministrativa o giudiziaria che avesse per effetto di diminuire l'efficacia del diritto dell'Unione per il fatto di rifiutare al giudice competente per applicare questo diritto il potere di fare, al momento di quest'applicazione, tutto ciò che è necessario per scartare le disposizioni nazionali facenti ostacolo alla piena efficacia delle norme dell'Unione e

⁴⁶ Cfr. L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 3, 31 gennaio 2018, p. 7.

⁴⁷ A. BARBERA, *op. cit.*, p. 11 s. Per una sottolineatura della particolarità costruttiva così presa da questo autore cfr. C. CARUSO, *op. cit.* Per un analogo rilievo del fatto che la sentenza n. 269 non contenga una precisazione quale quella risultante dall'espressione “comunque” utilizzata da Barbera cfr. A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 15, nota 2b.

- b. il Consiglio di Stato francese, con pronuncia del 14 marzo 2010 (*Rujovic*, n. 312305), riprendendo quanto immediatamente prima affermato dal *Conseil constitutionnel* (decisione del 12 marzo 2010, n. 2010/605DC), ha sottolineato che le disposizioni della legge organica non costituiscono ostacolo a che il giudice amministrativo, giudice di diritto comune dell'applicazione del diritto dell'Unione europea, ne assicuri l'effettività, sia in assenza di una questione prioritaria di costituzionalità, sia al termine di una tale procedura, sia in ogni momento di questa procedura, quando l'urgenza lo domandi, per fare cessare immediatamente ogni effetto della legge contraria al diritto dell'Unione⁴⁸.

Per basare validamente il suo atteggiamento sulle indicazioni provenienti dalla sentenza *Melki e Abdeli*, come ha inteso fare, la Corte cost. non avrebbe potuto trascurare questi due dati.

7. Quanto sopra ha indotto la Corte di cassazione a chiedere alla Corte cost. con un rinvio⁴⁹ contenuto in un'ordinanza del 19 febbraio 2018, di chiarire se dalla sua pronuncia debba desumersi un limite al potere del giudice comune di non applicare una legge che egli ravvisi in contrasto con il diritto UE prima che questa abbia superato il vaglio di costituzionalità. Richiedendo ciò essa ha osservato che tale limitazione “non sembra compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea”, che nella più recente sentenza *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*⁵⁰ ha statuito che “l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'art. 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali [ex art. 267 TFUE] e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte”⁵¹.

La Corte cost. è tornata sull'argomento nella sentenza n. 115 del 31 maggio 2018 con cui, una volta ottenuta la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017, ha chiuso la procedura davanti ad essa promossa dalle ordinanze della Corte d'appello di Milano del 2015 e della Corte di cassazione del 2016.

In questa nuova pronuncia la Corte cost. ha preso nota del fatto che la Grande Sezione della Corte di giustizia ha compreso il suo dubbio interpretativo e ha affermato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della “regola Taricco”, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza delle pene e l'ha affermato precisando che questo principio è “sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione europea”⁵². Ha, però, nel contempo, innanzitutto rilevato che a) alla Corte cost. “spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'U-

⁴⁸ Cfr., al riguardo, D. SIMON, A. RIGAU, *La priorité de la question prioritaire: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n. 29, pp. 63-83.

⁴⁹ Ordinanza interlocutoria del 19 febbraio 2018.

⁵⁰ Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, EU:C:2017:985.

⁵¹ *Ivi*, punto 23.

⁵² Punto 7.

nione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e b) il ruolo essenziale che investe il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto; e, poi, dato che il Presidente del Consiglio dei Ministri e una persona parte del giudizio, alla luce della nuova posizione presa dalla Corte di giustizia, avevano chiesto la restituzione degli atti, si è opposta a tale richiesta affermando con vigore che spetta 'innanzitutto' a questa Corte la valutazione circa l'applicabilità della 'regola Taricco' nel nostro ordinamento"⁵³.

Non si può non rilevare che con questo ribadimento di quanto aveva affermato nella propria pronuncia n. 269 del 7 novembre 2017, di cui sopra al par. 6, ha trascurato un dato che sin qui essa stessa, in sintonia con la Corte di giustizia, ha ritenuto caratteristica fondamentale della diretta applicabilità negli ordinamenti degli Stati membri delle norme del diritto UE e delle pronunce della Corte di giustizia: il dato che le une e le altre, per beneficiare di tali caratteristiche, devono essere sufficientemente chiare, precise e *determinate*. Conseguenza ne è che il giudice comune, in presenza di atti non sufficientemente determinati, non è da essi vincolato perché esula dai suoi poteri e resta nella competenza delle istituzioni dell'Unione e di quelle dotate di competenza normativa nazionale la capacità di precisarne la portata. Affermando una sua "competenza esclusiva" in materia ed attribuendo, in contrapposizione, al giudice comune "il ruolo essenziale di porre il dubbio sulla legittimità costituzionale" di atti del genere, attribuisce a questi un rilievo che il diritto UE non può pretendere abbiano⁵⁴.

Con il linguaggio non chiaro utilizzato affermando che il ruolo essenziale del giudice comune "consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che da ingresso" alla regola Taricco e con quello del tutto chiaro con cui ha affermato che "spetta innanzitutto" a lei la valutazione circa l'applicabilità di tale regola nel nostro ordinamento, la Corte cost. ha, peraltro, seguito, generalizzandone la portata ed in modo ancor più forte di quanto fatto con la sua sentenza n. 269/2017, il *modus procedendi* praticato nel procedimento che ha portato a tale sentenza in cui la Commissione tributaria di Roma: a) aveva invertito l'esame delle questioni proposte dal ricorrente, che in principalità aveva chiesto di disapplicare le norme impositive di un contributo a favore dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per contrasto con la normativa comunitaria in materia; b) lo aveva fatto stimando, in via generale, "più aderente al sistema giuridico complessivo" scrutinare prima la conformità della disciplina al diritto interno e la sua aderenza ai principi costituzionali⁵⁵. Questa stessa idea si può considerare sia stata alla base dell'atteggiamento preso dalla Corte cost.

⁵³ Punto 8.

⁵⁴ Al riguardo non si può non notare che, mentre in *Taricco I* la Corte di giustizia aveva sostenuto che i paragrafi 1-2 dell'art. 325 impongono agli Stati un obbligo di risultato preciso non accompagnato da condizioni in ordine all'applicazione delle regole enunciate (punti 51-52), in *Taricco II* essa ha riconosciuto la possibilità per il giudice interno di non disapplicare norme quali gli articoli 160 e 161 c.p., qualora tale disapplicazione comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della normativa risultante dall'adattamento dell'ordinamento italiano alla regola *Taricco* (punti 50, 51 e 62).

⁵⁵ Cfr. sentenza n. 269/2017, par. 1.

Seguendo in questo modo la Commissione tributaria, la Consulta ha soltanto ribadito la posizione espressa nella sentenza n.269/2017, ma non ha ancora risposto al chiarimento richiesto dalla Cassazione quanto alla sua posizione rispetto a quella espressa dalla Corte di giustizia in *Global Starnet*. Tenendo conto del fatto che per fornire tale risposta dovrà prendere in considerazione i due dati indicati al termine del par. 6, ci si deve domandare se il suo atteggiamento in materia debba considerarsi definitivo o sia frutto, invece, di un'incomprensione temporanea nei confronti della Corte di giustizia.

Abstract

Constitutional Rules and EU Charter of Fundamental Rights: A Temporary Misunderstanding between the Italian Constitutional Court and the Court of Justice?

Since the date of the adoption of *Granital* ruling, in Italy, and *Solange II* ruling, in Germany, the positions of the EEC Member States' Supreme Courts have converged in recognizing the direct applicability of Community law. Such convergence of positions is linked to the fact that the Supreme Courts had kept only on a theoretical level their dualistic approach in the construction of the relationship between their internal juridical orders and Community Law. As from *Landtovà*, *Ajos* and *Gauweiler* rulings, this situation has changed: the Supreme Courts started to apply such a dualistic approach concretely, taking stands inspired to the counter limits doctrine. It is in this context that the reactions of the Italian Constitutional Court to *Taricco I* and *M.A.S.* and *M.B.* rulings must be placed. The Italian Constitutional Court, in fact, has repeatedly shown to reconsider the practice of applying European rules and acts which are sufficiently clear, precise and determined. The author wonders whether this stand will be definitive or whether it will change because of the stand that the Italian Constitutional Court will have to take in order to answer to the quite recent request for clarification that was advanced in an order of the Corte di Cassazione, where this latter stressed the inconsistency of the position of the former with the European Court of Justice's *Global Starnet* ruling of 20th October 2017.

Giovanni Guiglia*

Considerazioni sulle relazioni e le sinergie tra il diritto dell'Unione europea e la Carta sociale europea

SOMMARIO: 1. L'Europa sociale: dal "Processo di Torino" al "Pilastro europeo dei diritti sociali". – 2. Alcune proposte intese a favorire le relazioni e le sinergie tra il diritto UE e la Carta sociale europea. Il contributo essenziale della Corte di giustizia UE. – 3. L'utilità di individuare e sviluppare alcuni meccanismi procedurali. – 4. Lo strumento più efficace: i rinvii alla Carta sociale da parte del legislatore UE. – 5. L'obiettivo comune ai sistemi giuridici di cui si tratta e le loro indispensabili interazioni.

1. A distanza di oltre tre anni dall'inizio del "Processo di Torino", la ricerca di una coerente e armoniosa definizione dei rapporti tra l'ordinamento giuridico dell'Unione europea (UE) e il sistema dei trattati della Carta sociale europea del Consiglio d'Europa rappresenta ancora un tema che continua a destare interesse tra gli studiosi dei diritti sociali¹: diritti umani a tutti gli effetti, diritti indivisibili,

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Verona.

¹ Si vedano, in particolare, i contributi di: J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Charte sociale et droit communautaire*, in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, S. LECLERC (dirs.), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, 2001, pp. 149-177; J.-F. FLAUSS, *Les interactions normatives entre les instruments de droit européen relatives à la protection des droits sociaux*, in J.-F. FLAUSS (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspective de la protection normative*, Bruxelles, 2002, pp. 89-112; L. JIMENA QUESADA, *La Carta social europea y la Unión Europea*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 2009, pp. 389-407; O. DE SCHUTTER, *Le statut de la Charte sociale européenne dans le droit de l'Union européenne*, in *Mélanges en hommage à Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, pp. 217-261; U. KHALIQ, *The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, pp. 169-196; P. STANGOS, *Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne. Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et de sa jurisprudence*, in *Cahiers de droit européen*, 2013, pp. 319-393; R. BRILLAT, *La Charte sociale et le système de protection des droits sociaux dans les sources européennes*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (eds.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century/La Charte Sociale Européenne et les défis du XXI^e siècle*, Napoli, 2014, pp. 1-21; G. GUIGLIA, *La Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne: après les conflits, les synergies*, in *Federalismi*, 2015, pp. 1-13, reperibile online; ID., *Le "socle européen des droits sociaux": une contribution à la synergie entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne*, in *Droits fondamentaux*, 2017, n. 15, pp. 1-18; F. BERROT, B. WASSENBERG (dirs.), *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne. Complémentarité ou Concurrence?*, Paris, 2016, spec. pp. 17 ss. e 115 ss.; O. DE SCHUTTER, *The European Social Charter in the context of implementation of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Study for the AFCO Committee (PE 536.488)*, 2016, reperibile online; L. JIMENA QUESADA, *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Valencia, 2016, spec. p. 134 ss.; C. NIVARD,

interdipendenti e interrelati rispetto ai diritti civili e politici. Tali rapporti potrebbero infatti finalmente rasserenarsi nella fase di attuazione del “Pilastro europeo dei diritti sociali” dell’Unione², di cui si avrà modo di dire in seguito.

Procediamo però con ordine, giacché il tema evoca gli argomenti che sono stati scelti a suo tempo per la discussione in seno alla “Conferenza di alto livello sulla Carta sociale europea”, organizzata dal Consiglio d’Europa il 17 e 18 ottobre 2014 a Torino, in cooperazione con la Presidenza italiana del Consiglio dell’Unione europea e la stessa città³.

È dunque necessario fare qualche cenno introduttivo. Tale evento ha dato infatti avvio al c.d. “Processo di Torino”⁴, voluto dal Segretario generale del Consiglio d’Europa per rafforzare il sistema della Carta sociale nell’ambito dello stesso Consiglio e nelle relazioni con il diritto dell’Unione europea.

Il Segretario generale, nel rapporto presentato a Vienna il 6 maggio 2014, in occasione della 124^a riunione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, aveva del resto già sottolineato che la Carta sociale europea (CSE), accanto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), esprime il miglior modello democratico e sociale europeo, e come fosse urgente trovare gli strumenti pratici per risolvere i contrasti tra la CSE e il diritto dell’Unione europea, sviluppando in particolare delle forti sinergie tra i due sistemi giuridici⁵.

Un destin divergent: les relations entre l’Union européenne et la Charte sociale européenne, in *Revue de l’Union européenne*, 2016, pp. 416-425. Si veda anche l’importante documento di lavoro elaborato dal Comitato europeo dei diritti sociali, *La relation entre le droit de l’Union européenne et la Charte sociale européenne. Document de travail, 15 juillet 2014*, reperibile *online*. Sui rapporti tra ordinamenti giuridici, si veda la recente ed esaustiva pubblicazione collettanea diretta da B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, 2016, di cui segnalo, in particolare, nell’ordine in cui compaiono nell’opera, i contributi di: M. DELMAS-MARTY, *Vers une cinétique juridique: d’une approche statique à une approche dynamique de l’ordre juridique*, pp. 141-150; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Repenser la coexistence des ordres. Repenser leurs relations*, pp. 151-167; P. DEUMIER, *Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes*, pp. 497-512; E. PICARD, *La hiérarchie des normes confrontée aux rapports entre ordres juridiques*, pp. 513-546.

² Il “Pilastro europeo dei diritti sociali” (questa è la traduzione ufficiale in italiano) è stato proclamato e firmato il 17 novembre 2017 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione durante il vertice sociale per l’occupazione equa e la crescita di Göteborg. Esso si concentra sugli aspetti occupazionali e sociali e stabilisce 20 principi e diritti, suddivisi in tre categorie: pari opportunità e accesso al mercato del lavoro; mercati del lavoro dinamici e condizioni di lavoro eque; sostegno pubblico, protezione sociale e inclusione. Il testo è reperibile *online*. Segnalo, anzitutto, l’interessante distinzione – che condivido – tra “Socle” e “Pilier”, particolarmente apprezzabile in lingua francese. “L’idée de socle, traduit par le terme anglais *foundations*, se distingue de celle du pilier. Horizontal, le socle soutient l’ensemble des piliers; il en forme l’assise, la base. Les droits sociaux s’analysent alors comme les fondations de l’Europe” (p. 61 e nota 52). Così, M. SCHMITT, *La fonction des droits sociaux, du pilier au socle*, in F. BENOÎT-ROHMER, N. MOIZARD, M. SCHMITT (dirs.), *Renverser la perspective: les droits sociaux comme remèdes aux crises européennes! Actes de colloque. Strasbourg 2 juin 2017*, in *La revue des droits de l’homme*, 2017, pp. 50-64. Inoltre, dalla sovrabbondante letteratura che si è occupata del “Pilastro”, e che ovviamente non è possibile menzionare in questa sede, emerge a mio parere la puntuale e impietosa analisi di S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, pp. 953-962, che insiste particolarmente sulle sue concrete (e remote) possibilità di attuazione. A tale contributo rinvio anche per i riferimenti bibliografici essenziali.

³ Il programma della Conferenza è reperibile *online*.

⁴ Il sito della Carta sociale europea dedica un’apposita sezione al “Processo di Torino”, dove si può reperire una copiosa e utile documentazione.

⁵ T. YAGLAND, *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law in Europe*, specialmente p. 40 ss., reperibile *online*.

Anche il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, pochi giorni prima della Conferenza di Torino del 2014, aveva a sua volta ricordato che la CSE rappresenta un pilastro del Modello sociale europeo e che, in caso di conflitto tra i due ordinamenti giuridici, ogni soluzione non può che passare attraverso gli Stati membri dell'UE, che sono anche membri del Consiglio d'Europa, secondo tre assi: in primo luogo, con la ratifica di tutte le disposizioni della Carta sociale europea riveduta (CSER-1996) da parte di tutti gli Stati membri dell'UE aderenti al Consiglio d'Europa, trattandosi dello strumento più completo in questo ambito; in secondo luogo, con l'accettazione più ampia della procedura dei reclami collettivi. L'UE dovrebbe perciò incoraggiare la ratifica di tale procedura da parte di tutti gli Stati membri che aderiscono anche alla Carta e, allo stesso tempo, ricordare a quelli che l'hanno già accolta che, di conseguenza, essi devono anche prendere in considerazione la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), in modo che alla fine si abbia uno spazio giuridico più coerente per ottenere l'effettiva garanzia dei diritti sociali coinvolti; in terzo luogo, tramite l'impiego della giurisprudenza del CEDS da parte dei giudici nazionali e ad opera di tutti gli organismi nazionali che hanno competenza nell'ambito dei diritti dell'uomo⁶.

Alla luce di tali premesse, i partecipanti alla Conferenza hanno deciso di confrontarsi su tre grandi temi, che costituiscono altrettante sfide per l'Europa sociale: i diritti sociali e la crisi economica; la portata e l'efficacia della procedura dei reclami collettivi, che caratterizza in modo peculiare il sistema di controllo del Comitato europeo dei diritti sociali per il rispetto della Carta; e le possibili sinergie tra il diritto dell'UE e la stessa Carta⁷.

La Conferenza ha riconosciuto, in particolare, che la crisi economica e finanziaria ha messo in evidenza le lacune che gli Stati hanno nei rispettivi ordinamenti giuridici quando occorre proteggere i diritti fondamentali e in specie garantire effettivamente i diritti sociali. La Carta sociale europea è stata finalmente percepita come uno strumento essenziale per comporre le tensioni economiche e sociali scatenate dalla lunga crisi che si è abbattuta sull'Europa ed è da più parti stata indicata, per i valori fondamentali che propugna, la "Costituzione sociale dell'Europa"⁸.

Nel contempo, per facilitare un'adeguata ed efficace risposta ai bisogni dei cittadini in tale difficile periodo, è pure emersa la necessità di far evolvere le relazioni tra il diritto dell'UE e la Carta, ottimizzando le sinergie esistenti ed individuandone di nuove, ma anche sforzandosi di trovare soluzioni efficaci ai conflitti normativi emersi tra i due sistemi nel corso degli anni.

Nella Conferenza si è prospettata la necessità di agire in modo che i diritti fondamentali consacrati dalla Carta siano pienamente rispettati dagli Stati parti del

⁶ N. MUIŽNIEKS, *Preserving Europe's Social Model*, reperibile online.

⁷ Su quest'ultimo tema, si veda in particolare il successivo contributo di O. DE SCHUTTER, *Les synergies entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe dans le domaine des droits sociaux*, 2015, reperibile online; sia consentito rinviare anche a: G. GUIGLIA, *La Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne*, cit., pp. 1-13.

⁸ L'espressione, più volte ripresa nei discorsi e negli interventi che caratterizzano tutto il "Processo di Torino", oltre che nel Rapporto generale della Conferenza, del 2014, evoca il titolo del noto studio monografico coordinato da O. DE SCHUTTER (coord.), *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, 2010.

Consiglio d'Europa, che sono anche membri dell'Unione, in occasione delle decisioni interne che essi assumono e soprattutto quando adottano testi normativi che risultano in diretta o indiretta connessione con il diritto dell'UE. È stato pertanto suggerito di riaffermare la cooperazione tra le istanze competenti del Consiglio d'Europa e dell'Unione, al fine di favorire l'armonizzazione dei due sistemi normativi e per consentire agli Stati membri dell'UE di ottemperare agli obblighi internazionali cui sono tenuti, essendo essi anche parti della Carta.

Nel corso della Conferenza è stata inoltre esaminata la proposta di elaborare un documento che metta in luce gli ostacoli giuridici e tecnici all'adesione dell'UE alla Carta⁹.

Nel complesso, la Conferenza di Torino ha rappresentato un'occasione per ribadire l'unità dei diritti umani e la loro indivisibilità, e sottolineare che i diritti sociali garantiti dalla Carta sociale europea sono parte integrante dei diritti umani, al pari dei diritti civili e politici garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

A distanza di pochi mesi dalla Conferenza di Torino (ribattezzata dagli addetti ai lavori "Torino 1"), si è svolta a Bruxelles, il 12 e 13 febbraio 2015, un'altra Conferenza di alto livello, dedicata al "Futuro della protezione dei diritti sociali in Europa", sotto l'egida della Presidenza belga del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹⁰. Tale evento ha consentito di approfondire e arricchire la discussione avviata in occasione di "Torino 1" sul piano sia politico che giuridico. I dibattiti della Conferenza di Bruxelles sono stati sintetizzati, per temi, in un documento elaborato da un gruppo di esperti presieduto dal Coordinatore generale della rete accademica sulla Carta sociale europea e i diritti sociali, indicato come "Documento di Bruxelles", che è stato riconosciuto come un importante contributo al "Processo di Torino". Anche in esso compaiono utili spunti sulle possibili sinergie tra i due sistemi giuridici di cui si tratta¹¹.

Come ricordato nella relazione finale della Conferenza tenutasi a Torino nel 2014 e nel piano di azione a questa collegato, elaborati dall'on. Michele Nicoletti, Presidente della delegazione italiana presso l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, tra le proposte avanzate in occasione di "Torino 1" vi era anche quella di dedicare un evento del "Processo di Torino" alla dimensione parlamentare. Questa idea si è concretizzata attraverso l'organizzazione della Conferenza interparlamentare sulla Carta sociale europea, che si è tenuta a Torino, nella Sala del Consiglio della città, il 17 marzo 2016, ed è stata seguita, il 18 marzo, dal Forum di Torino sui diritti sociali in Europa. Entrambi gli eventi, conosciuti anche come "Torino 2", sono stati organizzati dal Consiglio d'Europa, la città di Torino e la Camera dei Deputati italiana¹².

L'obiettivo di "Torino 2" è stato di riunire i rappresentanti dei parlamenti dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa allo scopo di alimentare: 1) la discussione politica relativa all'accettazione del sistema di trattati della Carta sociale; 2) una maggiore considerazione delle sue disposizioni nell'ambito dei processi legislativi

⁹ M. NICOLETTI, *High-Level Conference on the European Social Charter, Turin, 17-18 October 2014, General Report*, 2014, reperibile *online*.

¹⁰ Tutta la documentazione è reperibile *online*.

¹¹ Il "Documento di Bruxelles sul futuro della protezione dei diritti sociali in Europa", 2015, è reperibile, in italiano, *online*. Sono particolarmente utili, ai fini del presente lavoro, le pp. 6 ss.

¹² La documentazione relativa ad entrambi gli eventi è reperibile *online*.

interni; 3) una migliore attuazione delle sue disposizioni a livello nazionale, prendendo a tal fine in considerazione anche le conclusioni e le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali.

La decisione di organizzare “Torino 2” ha tenuto anche conto della decisione dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, coinvolta nella stessa Conferenza interparlamentare, di elaborare un rapporto politico dedicato al “Processo di Torino”, che è stato in effetti presentato ed esaminato nel mese di giugno del 2017¹³. Sulla base di tale rapporto, l’Assemblea parlamentare ha poi adottato una risoluzione¹⁴, rivolta agli Stati membri del Consiglio d’Europa, e una raccomandazione¹⁵, indirizzata al Comitato dei Ministri della medesima organizzazione.

Nella risoluzione (par. 7.1.2) si riafferma, tra l’altro, la necessità che i tredici Stati parti del Consiglio d’Europa che non l’hanno ancora fatto ratifichino la CSER del 1996. D’altronde, gli Stati parti, che sono anche membri dell’UE, a volte hanno adottato atti normativi o provvedimenti che offrono una protezione giuridica eguale o superiore a quella garantita da disposizioni della Carta che essi non hanno accettato. In altre parole, alcuni Stati applicano norme dell’UE in ambiti materiali coperti anche dalla Carta con disposizioni che offrono garanzie corrispondenti, ma continuano a non accettare queste ultime. Una maggiore coerenza da parte degli Stati risulta pertanto indispensabile. L’accettazione di un maggior numero di disposizioni della Carta faciliterebbe del resto una maggiore integrazione tra i due sistemi normativi e contribuirebbe alla creazione di uno spazio di tutela omogeneo, in cui tutti i cittadini europei godrebbero di una protezione sociale equivalente.

La stessa risoluzione (par. 7.1.4) propugna poi la ratifica del Protocollo addizionale sulla procedura dei reclami collettivi. Tale procedura consente in effetti una valutazione rapida e oggettiva delle richieste di protezione provenienti dai gruppi sociali degli Stati aderenti, nonché l’identificazione dei rischi che le normative nazionali e le loro prassi applicative comportano per il c.d. “modello sociale europeo”, in grado di minare la progressiva crescita, la coesione e la stessa convivenza pacifica delle nostre società. Sicché, a ben vedere, i reclami collettivi sono suscettibili non solo di contribuire alla realizzazione di un’autentica “Europa sociale” ma anche al mantenimento della democrazia e dello Stato di diritto nell’intero continente.

La risoluzione (par. 7.1.3) richiama altresì gli Stati che non l’hanno ancora fatto (Danimarca, Germania, Lussemburgo e Regno Unito) alla ratifica del Protocollo che consentirebbe finalmente l’elezione dei membri del CEDS da parte dell’Assemblea parlamentare, per abbandonare definitivamente la prassi attuale, sicuramente meno democratica, che vede il Comitato dei Ministri esercitare tale delicato potere.

Gli Stati vengono infine richiamati (par. 7.3.1) a rendere conformi le loro politiche a quelle più protettive dei diritti sociali che si evincono sia dal “Processo di Torino” sia dal “Pilastro europeo dei diritti sociali”, oltre che dalle risoluzioni pertinenti della stessa Assemblea parlamentare.

¹³ Il Rapporto, doc. 14343 del 12 giugno 2017, intitolato *The ‘Turin process’: reinforcing social rights in Europe*, elaborato dall’On. Sílvia Eloïsa Bonet, è stato esaminato nel corso della 27ª seduta dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, il 30 giugno 2017, ed è reperibile *online*.

¹⁴ La risoluzione n. 2180 (2017) è agevolmente reperibile *online*.

¹⁵ La raccomandazione n. 2112 (2017) è anch’essa reperibile *online*.

Nella raccomandazione (paragrafi 4 e 4.1), invece, emerge un punto a mio parere particolarmente importante per il futuro dell'Europa sociale: la necessità di rafforzare la cooperazione con l'UE nella fase di attuazione del “Pilastro europeo dei diritti sociali”, attraverso uno studio approfondito, affidato al CEDS, sulle possibili sinergie tra la Carta e il “Pilastro”, nonché sulle modalità con cui la prima potrebbe diventare riferimento comune in materia di diritti sociali per tutti gli Stati europei¹⁶. D'altronde, vi sono settori in cui l'UE non ha competenza per intervenire, ma nei quali è auspicabile che gli Stati adottino orientamenti comuni, per esempio mettendo in rete, cioè condividendo, le “buone prassi” che essi adottano nelle fasi di applicazione e attuazione di strumenti internazionali posti a protezione dei diritti sociali, come la Carta sociale europea, cui si sono tutti obbligati. In tal modo, i sistemi e gli ordinamenti giuridici coinvolti sui vari livelli di competenza contribuirebbero effettivamente al completamento dell'*acquis* sociale europeo.

La Conferenza di “Torino 2”, particolarmente utile per l'elaborazione del rapporto e delle conseguenti risoluzione e raccomandazione di cui s'è appena detto, si è svolta proprio durante la fase di consultazione avviata dalla Commissione europea sul “Pilastro europeo dei diritti sociali”; documento che non poteva ovviamente ignorare, come si è sopra anticipato, l'essenziale apporto che il sistema della Carta offre alla definizione di tali diritti nella prospettiva di un'autentica “Europa sociale”, anche alla luce dell'articolato parere elaborato dal Segretario generale del Consiglio d'Europa sul “Pilastro”¹⁷. Non è quindi casuale che nella raccomandazione 2017/761 della Commissione del 26 aprile 2017 venga detto espressamente (al 16° ‘considerando’) che: “[i]l pilastro europeo dei diritti sociali non impedisce agli Stati membri o alle parti sociali di stabilire norme sociali più ambiziose. In particolare, nessuna disposizione del pilastro europeo dei diritti sociali deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e dei principi 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, comprese la

¹⁶ “4. En vue de préparer le terrain pour une coopération renforcée avec l'Union européenne à l'avenir, notamment dans le cadre de la mise en œuvre future du Socle européen des droits sociaux, le Comité des Ministres est en outre invité: 4.1. à mandater le Comité européen des Droits sociaux à entreprendre une étude approfondie sur les synergies éventuelles entre la Charte sociale européenne et le Socle européen des droits sociaux, et sur la manière dont la première pourrait servir de référence commune en matière de droits sociaux pour tous les États européens”.

¹⁷ In particolare, nel parere, viene detto che: “41. Making the European Social Charter central to the European Pillar of Social Rights will make it possible to eliminate inconsistencies and ensure the effective realisation of these fundamental rights in Europe. (...) 44. It is equally positive that with ‘principles tak(ing) as a starting point a number of rights already inscribed in EU and other relevant sources of law’, the Pillar will be able to ‘build on the common values and principles shared at (...) European and international levels’ and that ‘the Social Charter adopted by the Council of Europe’ is expressly referred to here. (...) 46. Accordingly, if this opportunity is to be realised, it is necessary – with due regard for the and applicable law of the European Union – that: A) the provisions of the European Social Charter (Revised) should be formally incorporated in the European Pillar of Social Rights as a common benchmark for states in guaranteeing these rights; this will make it possible to include in the Pillar the rights that are already part of the European Union’s social *acquis* together with the rights guaranteed, at least formally, by its Member States under the European Social Charter treaty system, which could be included, with the necessary gradation, in this *acquis*”. Il parere è reperibile *online*.

Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e le convenzioni e le raccomandazioni pertinenti dell'Organizzazione internazionale del lavoro”¹⁸.

2. Passando ora ad illustrare alcune proposte intese a favorire le relazioni e le sinergie tra il diritto dell'Unione europea e la Carta sociale europea, inizio col prendere in considerazione come la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) potrebbe contribuire ad armonizzare i rapporti tra i due sistemi.

Il rifiuto della Corte di considerare la Carta sociale europea nell'interpretazione delle disposizioni fondamentali dell'Unione in materia sociale – compresi i principi generali del diritto dell'UE – comporta ormai un rischio crescente di conflitti tra la CGUE e il Comitato europeo dei diritti sociali.

Del resto, nella prospettiva, purtroppo ancora molto remota, di adesione¹⁹ dell'Unione alla Carta è indispensabile chiarire le relazioni tra i due organi. Essi si pronunciano in base a valori e principi comuni, ma le loro decisioni in varie occasioni divergono, soprattutto a causa di un differente bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali. In altre parole, a causa di una lettura errata dei principi d'indivisibilità, d'interdipendenza e di complementarità di tutti i diritti fondamentali, le libertà economiche vengono per lo più preferite ai diritti sociali e il bilanciamento ineguale e sfavorevole²⁰ che riguarda questi ultimi produce decisioni a volte inaccettabili, addirittura sul piano del rispetto della dignità, principio generale del diritto dell'UE. Le sentenze della CGUE e le decisioni del CEDS pronunciate nel famoso caso *Laval*²¹ sono probabilmente la miglior prova della situazione di

¹⁸ Il corsivo è aggiunto, per segnalare i limiti che si possono attribuire a tali considerazioni.

¹⁹ Il Parlamento europeo e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa si sono per altro dichiarati favorevoli a tale adesione: risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2012) (2013/2078(INI)), par. 8; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions politiques et de la démocratie, Projet de résolution adopté à l'unanimité par la commission le 8 décembre 2014, *La mise en œuvre du Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne*, par. 7 (*Rapport K. Lundgren*), reperibile online. Si vedano in particolare: O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée*, in *EUI Working Paper LAW*, n. 11, 2004, reperibile online; ID., *Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE, L. OGERTSCHNIG (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, pp. 111-152; ID., *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, pp. 259-316; J. LUTHER, *Perspectives for an Accession of the European Union to the (Revised) European Social Charter*, in J. LUTHER, L. MOLA (eds.), *Europe's Social Rights under the 'Turin Process'/Les Droits Sociaux de l'Europe sous le "Processus de Turin"*, Napoli, 2016, pp. 135-156. L'autore, in particolare, sostiene che l'adesione dell'Unione europea alla Carta sociale non richiede una revisione dei Trattati UE.

²⁰ È significativa, in proposito, la recente sentenza della Corte di giustizia, del 12 dicembre 2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis*, spec. punto 66 ss., la quale non a caso ha prodotto vari commenti pre-occupati, tra cui uno dal titolo molto significativo: S. LALOUM, *L'arrêt AGET Iraklis, un nouvel arrêt Laval ?*, in *Semaine sociale Lamy*, n. 1753, del 23 gennaio 2017, p. 8.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd. c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*; decisione del Comitato europeo dei diritti sociali del 3 luglio 2013 in merito al reclamo 85/2012, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, Si vedano, *ex plurimis*, B. BERCUSSON, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 279-308; L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal*

conflitto che si è instaurata tra i due sistemi e che rischia di riprodursi. Non si può comunque tacere che gli Stati membri dell'UE che hanno ratificato la Carta sociale europea, se applicano nei propri ordinamenti giuridici norme dell'Unione che prevedono standard di protezione meno elevati di quelli da essa indicati, rispettano sì il diritto UE ma violano la Carta e cioè il diritto internazionale.

In concreto, occorre anzitutto una maggiore considerazione della giurisprudenza del CEDS da parte della CGUE. Ciò discende dalla lettura combinata degli articoli 6, par. 1, al. 3, del Trattato sull'UE (TUE) e 52, par. 7, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE), che impegnano la CGUE a prendere in considerazione le "fonti" che hanno ispirato la redazione degli articoli della CDFUE, contenute nelle relative "spiegazioni", per interpretare la stessa²². La CGUE, invece, esita a riconoscere la CSE e la CSER come fonti d'ispirazione per interpretare le disposizioni della CDFUE.

La CSE e la CSER devono inoltre diventare, sistematicamente e non solo occasionalmente, *fonte diretta d'ispirazione* per l'individuazione dei principi generali del diritto UE²³, di cui la CGUE deve assicurare il rispetto in conformità all'art. 6, par. 3, del TUE.

La Carta sociale europea deve pure diventare in modo sistematico e non episodico *fonte indiretta d'ispirazione*, per l'individuazione dei principi generali del diritto UE, secondo un meccanismo semplice già utilizzato: in un primo tempo, è la

and the Conditions for its Realization, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1335-1356; A. C. L. DAVIES, *One Step Forward, Two Steps Back? The Laval and Viking Cases in the ECJ*, in *Industrial Law Journal*, 2008, pp. 126-148; C. NIVARD, *Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires: Cour de justice des Communautés européennes (Grande Chambre)*, *International Transport Workers' Federation (C-438/05)*, affaire dite "Viking", 11 décembre 2007; *Laval-un Partneri Ltd (C-341/05)*, 18 décembre 2007, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, pp. 1191-1207; G. ORLANDINI, *Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets out the Rules*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2008, pp. 573-604; B. EDELMAN, *Droit du travail, droit de la concurrence: un nouveau contrat social*, in *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1547-1551; N. HÖS, *The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?*, in *EUI Working Paper LAW*, n. 6, 2009, reperibile online; J. MALBERG, *The Impact of the ECJ Judgments on Viking, Laval, Riffert and Luxembourg on the Practice of Collective Bargaining and the Effectiveness of Social Action*, Brussels, 2010, reperibile online; P. RODIÈRE, *L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE*, in *Droit social*, 2010, pp. 573-579. Si vedano anche: M. ROCCA, *A Clash of Kings: The European Committee of Social Rights on the "Lex Laval" ... and on the EU Framework for the Posting of Workers*, in *European Journal of Social Law*, 2013, pp. 217-232; ID., *Détachement des travailleurs et droit du travail collectif: les deux tensions oubliées*, in *Tijdschrift voor sociaal recht/Revue de droit social*, 2015, pp. 535-579; M. BASSINI, F. FERRARI, *Reconciling Social Rights and Economic Freedoms in Europe. A Constitutional Analysis of the Laval Saga (Collective Complaint No. 85/2012)*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (eds.), *op. cit.*, p. 193 s.; M. C. SALCEDO BELTRÁN, *El Consejo de Europa frente a la Unión Europea. Vulneración de la Carta Social Europea por "Lex Laval"*, in *Fundación 1º de Mayo, Colección Estudios*, 2014, reperibile online; M. MANFRONI, *La divergence de jurisprudences européennes dans la difficile conciliation entre libertés économiques et droits sociaux*, in J. LUTHER, L. MOLA (eds.), *op. cit.*, p. 157 ss.

²² La Carta sociale europea è citata, in quanto "fonte d'ispirazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE), nelle "spiegazioni" della medesima, relative agli articoli 14, 15, 23 e da 25 a 35.

²³ In tal senso, si veda la relazione di K. LENAERTS, *Le droit social de l'Union européenne et la Charte sociale européenne*, pronunciata in occasione della Conferenza di alto livello che si è svolta a Bruxelles il 12 e 13 febbraio 2015, dedicata al *Futuro della protezione dei diritti sociali in Europa*, reperibile online; cfr., in particolare, p. 3 ss.

Corte di Strasburgo che definisce il contenuto di un diritto fondamentale, facendo espresso riferimento alla Carta sociale, come interpretata dal CEDS; in un secondo tempo, è la Corte di Lussemburgo che fa riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU²⁴.

La CGUE, interpretando il diritto primario e derivato, deve poi individuare i “principi di diritto sociale dell’Unione” e i mezzi di protezione che li concretizzano, anche quelli particolari, alla luce della CSE e della CSER²⁵.

3. Passando ad un altro genere di proposte, ritengo particolarmente importante favorire lo sviluppo di alcuni meccanismi sul piano procedurale.

Anzitutto, nell’ambito dei procedimenti politici e normativi dell’Unione, come ha ricordato il Parlamento europeo (PE) in una risoluzione del 27 febbraio 2014 (par. 81)²⁶, il riferimento che l’art. 151 TFUE fa alla Carta sociale deve tradursi nelle analisi d’impatto della Commissione UE e dello stesso PE sui diritti sociali. In effetti, fare riferimento agli articoli della CSER negli studi d’impatto predisposti dalla Commissione rappresenterebbe anche un’applicazione della “clausola orizzontale” dell’art. 9 TFUE, laddove dispone che: “[n]ella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana”.

Occorre inoltre dare maggior rilievo alla Carta nella fase di elaborazione degli atti giuridici e politici dell’Unione. In particolare, nei ‘visto’ e ‘considerando’ la Carta dovrebbe essere richiamata non soltanto in modo generico ma indicandone ogni volta le disposizioni pertinenti. In tal modo, verrebbe effettivamente messo in atto il *Memorandum* d’intesa tra il Consiglio d’Europa e l’Unione europea (CM(2007)74), firmato a Strasburgo l’11 e il 23 maggio 2007, che disciplina la cooperazione tra le due organizzazioni; in esso l’UE si è infatti impegnata a considerare il Consiglio d’Europa come la fonte paneuropea di riferimento per i diritti umani e

²⁴ Un esempio spesso citato è rappresentato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 30 giugno 1993, *Sigurjónsson c. Islanda*, alla quale si è poi richiamata la Corte di giustizia nella sentenza del 9 marzo 2006, causa C-499/04, *Werhof*, punti 25 e 34.

²⁵ Cfr., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1988, causa 24/86, *Blaizot*, punto 17; del 20 settembre 2007, causa C-116/06, *Sari Kiiski c. Tampereen kaupunki*, punti 48 e 49; del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 112-114. Cfr., più di recente, dopo che la CDFUE ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, la sentenza del 19 settembre 2013, causa C-579/12 RX-II, *Commissione europea c. Guido Strack*, punto 27.

²⁶ La risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea (2012) (2013/2078(INI)), par. 81, “raccomanda a tutti gli Stati membri di revocare quanto prima le riserve rimanenti sulla Carta sociale europea; ritiene che il Parlamento debba promuovere un dialogo permanente sui progressi conseguiti in tale ambito; ritiene che il riferimento alla Carta sociale europea contenuto nell’articolo 151 del TFUE debba essere utilizzato in maniera più efficace, ad esempio includendo una verifica dei diritti sociali nella valutazione d’impatto della Commissione e del Parlamento”. Cfr. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 27 novembre 2014 sulla revisione degli orientamenti della Commissione in materia di valutazione d’impatto e sul ruolo del “test PMI” (2014/2967(RSP)).

a citare nei suoi documenti le norme pertinenti del Consiglio d'Europa, comprese quindi la CSE e la CSER²⁷.

In attuazione del recente accordo interistituzionale per “legiferare meglio”, concluso il 13 aprile 2016²⁸ tra il PE, il Consiglio dell'UE e la Commissione, dovrebbe poi essere sempre effettuata una valutazione sul rispetto della Carta sociale da parte delle norme UE in corso di elaborazione. Tale valutazione, prevista nel quadro della valutazione d'impatto indicata dallo stesso accordo interistituzionale (par. 12), dovrebbe essere trasmessa agli Stati membri ed essere infine citata nei ‘visto’ e ‘considerando’ del testo elaborato. Del resto, in base al medesimo accordo (par. 25), la Commissione deve anche fornire al Parlamento europeo e al Consiglio, per ogni proposta, una spiegazione e una motivazione sulla scelta della base giuridica e del tipo di atto legislativo; sicché, nella relazione che accompagna le sue proposte, essa dovrebbe non solo giustificarle con riferimento ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità – come richiede l'accordo – ma anche illustrarne la compatibilità con i diritti sociali fondamentali, in specie con gli standard che gli Stati membri devono rispettare in base alla Carta sociale, da tutti ratificata.

È stato pure suggerito, in occasione della prima Conferenza di Torino, di adottare una specie di *early warning*, da parte degli organi dell'UE di volta in volta competenti, quando la normativa comunitaria non rispetta la Carta sociale²⁹.

Anche nella fase discendente della legislazione europea, in particolare in occasione della trasposizione delle direttive negli ordinamenti interni, è necessario richiamare gli Stati membri all'obbligo di rispettare la Carta sociale, in quanto strumento di diritto internazionale al quale l'UE ha dimostrato di volersi attenere, citandola proprio nei Trattati e nella CDFUE. Così facendo, la Carta sociale diverrebbe un elemento indispensabile nella fase attuativa del “Pilastro europeo dei diritti sociali”, nella prospettiva di una ricerca sistematica della protezione più elevata di tali diritti. Del resto, la possibilità di una protezione più elevata dei diritti sociali da parte degli Stati, come si è già più sopra ricordato, è contemplata proprio nella raccomandazione della Commissione 2017/761 del 26 aprile 2017 sul “Pilastro europeo dei diritti sociali”, nel 16° ‘considerando’³⁰.

Un altro strumento può essere individuato nel quadro della procedura dei reclami collettivi di fronte al CEDS. Infatti, l'art. 32A del regolamento interno del CEDS, aggiunto nel 2013³¹, dispone che: “su proposta del Relatore, il Presidente

²⁷ *Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne*, CM(2007)74, reperibile *online*: “17. L'Union européenne considère le Conseil de l'Europe comme la source paneuropéenne de référence en matière de droits de l'homme. Dans ce contexte, les normes pertinentes du Conseil de l'Europe seront citées comme référence dans les documents de l'Union européenne. Les décisions et conclusions de ses mécanismes de suivi seront prises en compte par les institutions de l'Union européenne lorsque cela est pertinent”.

²⁸ Cfr. Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 123/1, del 12 maggio 2016: “Accordo interistituzionale ‘Legiferare meglio’ tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea”.

²⁹ La proposta è stata avanzata, in particolare, dall'on. Michele Nicoletti, all'epoca vicepresidente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e relatore generale nella Conferenza di Torino del 2014: *High-Level Conference on the European Social Charter Turin, 17-18 October 2014. General Report*, p. 150, reperibile *online*.

³⁰ Il testo della raccomandazione, già menzionata, è reperibile *online*.

³¹ Il testo del regolamento è reperibile *online*.

può invitare qualunque organizzazione, istituzione o persona a comunicare delle osservazioni". Questa disposizione può costituire una specie di "passerella" tra i due sistemi giuridici e anche una risposta concreta alla risoluzione del PE del 19 maggio 2010 (par. 31) sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'UE alla CEDU. In tale risoluzione, il Parlamento europeo sottolinea infatti "la necessità che l'Unione assista in particolare ai lavori del Commissario per i diritti dell'uomo, del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) e del Comitato europeo sulle migrazioni e chiede di essere debitamente informato sulle conclusioni e decisioni di detti organi"³².

4. Sul piano delle possibili sinergie tra i due sistemi, è indubbio che lo strumento più efficace e immediato, in grado di evitare i conflitti, resta il rinvio alla Carta sociale da parte del legislatore dell'UE. È sicuramente la soluzione più coerente con gli impegni degli Stati membri dell'Unione, che sono tutti Stati parti del Consiglio d'Europa e che condividono i medesimi valori fondamentali.

I rinvii alla Carta sociale europea da parte del legislatore dell'UE, a ben vedere, possono anche essere considerati il risultato di una "leale cooperazione" tra le istituzioni dell'UE e gli Stati membri (art. 4, par. 3, TUE), per l'armonica attuazione degli impegni che questi ultimi hanno assunto sia sul piano del diritto sovranazionale, cioè dell'Unione, sia sul piano del diritto internazionale, ratificando cioè la Carta, in ossequio dunque anche all'art. 26 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

Il principio di leale cooperazione³³, accolto nel diritto primario dell'UE, pur considerando il suo preciso perimetro di applicazione e la valenza e ampiezza di significato che gli sono stati attribuiti dalla Corte di giustizia³⁴, non è però in grado di affrancare gli Stati membri dagli obblighi che assumono nell'ordinamento internazionale³⁵ e in specie dal rispetto che essi devono ai principî generali di diritto

³² È opportuno anche ricordare che la risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (2009/2241(INI)), al par. 30, dispone che: "l'adesione dell'Unione alla CEDU implica il riconoscimento, da parte dell'UE, dell'intero sistema di tutela dei diritti dell'uomo, come sviluppato e codificato da numerosi altri documenti del Consiglio d'Europa; in tal senso, l'adesione dell'Unione alla CEDU costituisce un primo passo essenziale che successivamente dovrebbe essere completato con l'adesione, fra l'altro, dell'Unione alla Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e rivista a Strasburgo il 3 maggio 1996, in linea con l'*acquis* già sancito nella Carta dei diritti fondamentali nonché nella legislazione sociale dell'Unione".

³³ La letteratura sull'argomento è notoriamente immensa; mi limito ad indicare: O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, e M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, spec. pp. 41-46, per i rapporti di tale principio con quelli di "buona fede" e *pacta sunt servanda*.

³⁴ Non posso certo dilungarmi in questa sede sull'intensa opera della Corte per la corretta configurazione del principio nel diritto comunitario e poi nell'ordinamento dell'UE; la giurisprudenza gli ha infatti attribuito, come noto, un ruolo di rilievo per garantire l'effettività, la coerenza e la completezza del sistema istituito dai Trattati. Si veda, *ex plurimis*, per l'ampia giurisprudenza, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, V ed., p. 113 ss.

³⁵ Discorso a parte, che ovviamente non è possibile affrontare in questa sede, merita l'art. 351 TFUE, laddove precisa che: "[I]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra. Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri

internazionale. Diversamente opinando, non preoccupandosi cioè di favorire l'applicazione del principio *pacta sunt servanda* da parte degli Stati membri dell'Unione, quando sono tenuti al rispetto di obblighi derivanti da uno specifico quadro convenzionale del tutto conforme ai valori "comunitari", per quanto qui interessa la Carta sociale, le istituzioni dell'UE potrebbero ingenerare l'equivoco che il principio di leale cooperazione, che come si è detto ora promana dall'art. 4, par. 3, TUE, sia in grado di inibire l'applicazione del fondamentale principio dell'ordinamento internazionale secondo cui *pacta sunt servanda*, quasi potesse distaccarsene al punto di prevalere assiologicamente e gerarchicamente su di esso.

Il principio di leale cooperazione, affermato nel diritto primario dell'UE e plasmato dalla Corte di giustizia, non può invece che operare in armonia col principio internazionale *pacta sunt servanda*, ben potendo all'occorrenza combinarsi orizzontalmente con esso³⁶; e dunque potendo anche comportare obblighi particolari in capo alle istituzioni dell'Unione. Sicché la stessa CGUE, quando si pronuncia su normative nazionali che sono bensì conformi al diritto UE ma potenzialmente o effettivamente in contrasto con il diritto internazionale pattizio *vertente sugli stessi ambiti e diritti*, come può accadere ad esempio relativamente alla Carta sociale, dovrebbe richiamare gli Stati membri – che l'hanno tutti ratificata – ai loro obblighi, in specie se questi ultimi trovano copertura in principî generali di diritto internazionale cui l'ordinamento dell'UE e le sue istituzioni non possono in ogni caso sottrarsi. D'altronde, è generalmente riconosciuto che l'Unione europea affonda proprio nel diritto internazionale le sue radici e con esso mantiene indissolubili legami genetici e funzionali.

Va inoltre notato che l'art. 4, par. 3, TUE, secondo il quale, "[i]n virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati", afferma pure che "[g]li Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". E tra gli obiettivi dell'UE è bene rammentare che il TUE (art. 3, par. 3) ha posto in rilievo anche quello di combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuovere la giustizia e la protezione sociali, confermando a tal fine, nel preambolo, il proprio attaccamento ai diritti sociali fondamentali, quali definiti nella Carta sociale europea. A tale riguardo, occorre allora ribadire che i richiami alla Carta e ai suoi principî, a partire dalla Carta del 1961 fino a quella riveduta nel 1996, sono comparsi più volte nel diritto primario che si è susseguito nel corso degli anni e che, passando attraverso le Comunità, ha condotto all'attuale

si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta". Significativa è, peraltro, la giurisprudenza della Corte di giustizia che mira ad affermare, comunque, il primato del diritto comunitario e ora dell'Unione; cfr., in particolare, la sentenza del 1° febbraio 2005, C-203/03, *Commissione c. Austria*, punti 57-64.

³⁶ Cfr. S. TOUZÉ, *La prise en compte du droit de l'Union européenne dans l'élaboration des normes du droit international. Esquisse d'une lecture générale orientée*, in L. BURGOGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dirs.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, 2012, p. 58 s., porta ad esempio la combinazione tra il principio di buona fede (proprio del diritto internazionale) e il principio di leale cooperazione (affermato nel diritto primario dell'UE), effettuata dalla Corte di giustizia nella nota sentenza del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri c. Secretary of State for Transport*.

Unione europea, senza entrare di volta in volta in contraddizione con i precedenti, ma soprattutto senza rinnegare gli obiettivi primari, comuni, di tutela dei diritti sociali. Ne consegue che le varie autorità dell'UE, nell'esercizio delle loro competenze, non possono che agire in *buona fede*³⁷, ponendo cioè in essere comportamenti coerenti sia sul piano della produzione normativa sia su quello ermeneutico³⁸.

Infine, a ben vedere, il principio *pacta sunt servanda* consentirebbe ai singoli di invocare a proprio favore, di fronte alle istituzioni comunitarie, cioè dell'Unione, ogni strumento internazionale ratificato dagli Stati membri, come la Carta sociale, anche se l'UE non vi abbia aderito. La giurisprudenza della Corte di giustizia va timidamente, benché spesso solo formalmente, in questo senso: “[i] trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario”³⁹; “[i]n primo luogo, si deve premettere che le competenze della Comunità devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale e che, perciò, il summenzionato art. 6 [del regolamento n. 3094/86] va interpretato, e la sua sfera d'applicazione circoscritta, alla luce delle norme pertinenti del diritto marittimo internazionale”⁴⁰; “alla luce del principio consuetudinario della buona fede, che fa parte del diritto internazionale generale, e dell'art. 10 CE, la Corte deve interpretare tali disposizioni [della direttiva 2005/35] tenendo conto della convenzione Marpol 73/78”⁴¹.

Nell'intento di individuare ulteriori elementi testuali, utili allo sviluppo di sinergie tra i due sistemi, penso occorra soffermarsi proprio sui riferimenti alla Carta sociale nei diversi preamboli del diritto primario dell'UE, in modo che essa possa venire valorizzata meglio, come elemento d'interpretazione e parametro di legalità del diritto derivato dell'Unione⁴², in armonia anche con le indicazioni dell'art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

³⁷ La stessa Corte di Lussemburgo ha a suo tempo esplicitamente ricollegato il principio di cui al vigente art. 4, par. 3, TUE a quello della buona fede, stabilendo che gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, in forza della norma che impone loro “doveri reciproci di leale collaborazione, norma che informa soprattutto l'art. 5 del trattato, devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà nel pieno rispetto delle norme del trattato”; cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1986, causa 52/84, *Commissione c. Belgio*, punto 16.

³⁸ Cfr., in particolare, F. CASOLARI, *Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: the Doctrine of Consistent Interpretation*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. A. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, 2012, pp. 395-415.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione CE*, punto 13.

⁴⁰ In tal senso, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1992, causa C-286/90, *Anklagemyndigheden c. Peter Michael Poulsen e Diva Navigation Corp.*, punto 9; cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainzcke*, punti 45 e 46, peraltro con specifico riferimento alle norme del diritto consuetudinario internazionale.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e a. c. Secretary of State for Transport*, punto 52; più di recente, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2014, causa C-537/11, *Manzi c. Capitaneria di Porto di Genova*, punto 45.

⁴² Sul valore giuridico dei preamboli nel diritto internazionale la dottrina è notoriamente divisa e si è scritto moltissimo; in questa sede mi limito a richiamare i contributi a mio avviso più significativi: R. GENET, *Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique*, III, Paris, 1932, p. 383; P. YOU, *Le préambule des traités internationaux*, Fribourg, 1941; ID., *L'interprétation des traités et le rôle du préambule dans*

Non c'è comunque dubbio che il preambolo al TUE e quello alla CDFUE costituiscano la base morale e politica delle disposizioni giuridiche enunciate nel seguito delle rispettive fonti e che non per questo vadano intesi soltanto come mere dichiarazioni d'intenzione, sfornite di qualsiasi valore giuridico. Il loro contenuto fornisce infatti precise indicazioni, quanto agli scopi e agli obiettivi dei rispettivi atti, che risultano sicuramente convergenti. Ma è dal preambolo della CDFUE che emerge a mio avviso qualcosa di più significativo, al punto che, al lungo 5° capoverso, in cui si richiamano anche le Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, si può forse attribuire una forza giuridica non inferiore a quella dispositiva dello stesso strumento cui si riferisce e di cui è indubbiamente parte integrante. D'altronde, non va neppure minimizzato il valore del 4° capoverso del preambolo al TUE, in cui è menzionata la Carta sociale europea, giacché esso è stato significativamente richiamato dal Tribunale della funzione pubblica dell'UE a sostegno dell'applicazione della medesima, benché la Comunità non avesse aderito a tale Accordo, a titolo di strumento internazionale che deve guidare le istituzioni nell'applicazione e nell'interpretazione delle disposizioni coinvolte nei vari casi di specie⁴³.

Alla luce di quanto s'è detto, risulta allora che il preambolo del TUE (4° capoverso), e a maggior ragione il preambolo della CDFUE, in considerazione del tenore del suo 5° capoverso, non sono affatto privi di rilevanza giuridica, al pari di quanto si può affermare a proposito dei preamboli degli accordi internazionali, in specie di quelli istitutivi di enti internazionali. Ne consegue che le enunciazioni di entrambi i preamboli qui menzionati costituiscono almeno principî d'interpretazione, di cui le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione devono tener conto nello svolgimento dei compiti loro assegnati; principî che sono chiamati a guidare altresì tutti gli operatori giuridici (*in primis* i giudici nazionali) nell'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione.

Non si può infine ignorare che i ripetuti richiami alla Carta e gli impegni assunti in ambito istituzionale (il recente accordo interistituzionale “per legiferare meglio”

cette interprétation, in *Revue de droit international et de science diplomatiques et politiques*, 1942, p. 22 ss.; L. DISCHLER, *Präambel*, in H.-J. SCHLOCHAUER (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, 1961, p. 790 s.; J. A. CORRIENTE CORDOBA, *Valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales*, Pamplona, 1973; G. SCELLE, *Précis de Droit des Gens. Principes et systématique*, II, Paris, 1984, p. 464; H. D. TREVIRANUS, *Preamble*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 1997, p. 1097 s.; E. SUY, *Le préambule*, in E. YAKPO, T. BOUMEDRA (eds.), *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, 1999, p. 253 ss.; M. MOÏSE MBENGUE, *Preamble*, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2008, p. 397 ss.; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, 2009, p. 146; C. CURTI GIALDINO, *Osservazioni sul contenuto e sul valore giuridico del preambolo del Trattato sull'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, pp. 457-481.

⁴³ Cfr. la sentenza del Tribunale della funzione pubblica del 29 settembre 2009, cause riunite F-69/07 e 60/08, *O c. Commissione*, punto 134: “[o]ccorre aggiungere che, ‘per garantire l’effettivo esercizio del diritto alla sicurezza sociale’, l’art. 12, n. 4, lett. b), della Carta sociale europea sancisce ‘il mantenimento (...) dei diritti alla sicurezza sociale con mezzi quali la totalizzazione dei periodi di contribuzione o di lavoro compiuti secondo la legislazione di ciascuna delle [p]arti’. Orbene, anche se la Comunità non ha aderito a tale Carta, quest’ultima è menzionata al quarto ‘considerando’ del preambolo del Trattato sull’Unione europea, nonché all’art. 136 CE e fa parte degli strumenti di diritto internazionale che devono guidare le istituzioni nell’applicazione e nell’interpretazione delle disposizioni dello Statuto del RAA, in particolare quelle che tendono a privare il lavoratore di una protezione sociale fondamentale, a causa dell’esercizio di una semplice facoltà lasciata alla discrezionalità delle amministrazioni”.

e il precedente *Memorandum* d'intesa del 2007) hanno un preciso significato sia sul piano politico che su quello giuridico: essi dimostrano che il livello di tutela che si vuole raggiungere nell'ordinamento dell'UE è quello offerto dal sistema dei trattati della Carta sociale. Che senso avrebbe altrimenti il richiamo ad essa, se poi l'Unione tendesse in concreto ad ignorarla e a regredire rispetto alle garanzie che essa consacra?

5. D'altro canto, altre disposizioni del TUE (articoli 2, 3, 4, 6 e 21), anche a prescindere da quelle appena menzionate, contenute nei preamboli allo stesso TUE e alla CDFUE, fanno emergere che l'obiettivo comune agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione, da perseguire in sinergia tra loro, è *la miglior tutela dei diritti sociali per massimizzare la tutela della dignità umana*⁴⁴. Si tratta indubbiamente di un obiettivo progressivo, non di meno ineludibile.

Gli Stati membri, attraverso le proprie istituzioni, non convergono però verso tale obiettivo progressivo se in concreto, in particolare in ambito giudiziario, non applicano il principio della protezione più elevata, che rappresenta la soluzione ottimale di ogni conflitto tra norme internazionali altrettanto competenti, le quali, si

⁴⁴ Sul principio della "tutela più intensa", vale a dire della protezione più elevata, in ossequio al *favor libertatis*, si vedano, *ex plurimis*, L. F. M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, pp. 629-680; A. A. CAÑADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, México, 2009, II ed., p. 311 s.; G. F. FERRARI, *The Codification of Human Rights at National and International Levels*, in W.-Y. WANG (ed.), *Codification in International Perspective. Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, Heidelberg, 2014, pp. 187-237, spec. p. 227 s. In argomento, nella letteratura italiana, emergono senza dubbio i molteplici contributi di A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in *Diritti comparati*, 6 giugno 2011, reperibile *online*, che così si esprime: "[c]iò che conta, insomma, è rinvenire ogni volta la soluzione che offra la più 'intensa' tutela ai diritti, all'intero sistema dei diritti (e, più in genere, dei beni costituzionalmente protetti). (...) 'Specchio, specchio delle mie brame...'. La più bella del reame è colei che per prima percepirà di doversi fare serva, non già padrona, dei diritti, non rivendicando per la Carta costituzionale di cui è garante un incondizionato, ma impossibile, primato rispetto alle altre Carte al piano della teoria delle fonti né rivendicando per sé il potere di dire l'ultima parola, al piano della teoria dell'interpretazione, in merito alla più adeguata salvaguardia da apprestare ai diritti. Il futuro (ma già il presente...) di questi ultimi non si affida a rapporti di sovra- e sotto-ordinazione né tra le Carte né tra le Corti bensì alla costituzione di circoli virtuosi di mutua alimentazione tra di esse, circoli che da se medesimi si ricaricano in modo incessante in un'esperienza per vero non di rado sovranta ma allo stesso tempo altresì gratificante per quanti in essa si spendono al servizio dei bisogni elementari dell'uomo, della sua dignità"; ID., *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in *Consulta OnLine*, 21 aprile 2012, reperibile *online*: "[q]uando però si ragiona del 'luogo' in cui si situa la più 'intensa' o avanzata tutela, non necessariamente si ha a che fare con conflitti; potrebbe piuttosto assistersi a forme 'graduate', scalari di tutela: non già d'una fonte che la dà e di un'altra che la toglie o la nega" (p. 27); ID., *"Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in *Dirittifondamentali*, 2013, n. 2, reperibile *online*. Cfr. anche: A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino, 2011, p. 313 ss.; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction Between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012; G. GUIGLIA, *The Importance of the European Social Charter in the Italian Legal System: In Pursuit of a Stronger Protection of Social Rights in a Normative and Internationally Integrated System*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (eds.), *op. cit.*, pp. 51-96, spec. pp. 85-87.

noti bene, per quanto concerne l'UE e il Consiglio d'Europa, appartengono bensì a due sistemi giuridici distinti ma anche complementari, non in concorrenza tra loro, non gerarchizzabili quando si tratta di massimizzare la tutela della dignità umana per mezzo dei diritti sociali⁴⁵.

D'altra parte, è ormai risaputo che, oltre alla CDFUE⁴⁶, anche il diritto sociale dell'Unione si è ampiamente ispirato alla Carta sociale europea⁴⁷; ed è altresì riconosciuto che essi sono in un rapporto costruttivo di mutua influenza, che si inserisce in un'ottica più ampia, vale a dire quella del c.d. "pluralismo normativo"⁴⁸ che caratterizza anche l'ordinamento giuridico dell'UE.

Il diritto europeo e il diritto internazionale dei diritti sociali sono inevitabilmente chiamati ad interagire tra loro⁴⁹, sviluppando relazioni in una duplice dimensione:

⁴⁵ Cfr. articoli 52, par. 3, e 53 CDFUE; art. 53 CEDU; art. 32 CSE e art. H CSER.

⁴⁶ Analizzando il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, risulta che ben 15 suoi articoli (non contando i paragrafi) si ispirerebbero a disposizioni della CSE o della CSER: l'art. 14 (diritto all'istruzione) all'art. 10 CSE; il par. 1 dell'art. 15, concernente la libertà professionale e il diritto di lavorare, all'art. 1, par. 2, CSE, mentre il par. 3 trarrebbe spunto dal par. 4 dell'art. 19 CSE; l'art. 21.1 (non discriminazione) dagli articoli 20 ed E (Parte V) CSER; l'art. 23.1 (parità tra uomini e donne) dall'art. 20 CSER; l'art. 25 (diritti degli anziani) dall'art. 23 CSER; l'art. 26 (inserimento dei disabili) dall'art. 15 CSE; l'art. 27 (diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa) dall'art. 21 CSER; l'art. 28 (diritto di negoziazione e di azioni collettive) dall'art. 6 CSE; l'art. 29 (diritto di accesso ai servizi di collocamento) dall'art. 1, par. 3, CSE; l'art. 30 (tutela in caso di licenziamento ingiustificato) dall'art. 24 CSER; l'art. 31.1 (condizioni di lavoro giuste ed eque) dall'art. 3 CSE e dall'art. 26 CSER; l'art. 31.2 dall'art. 2 CSE; l'art. 32 (divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro) dall'art. 7 CSE; l'art. 33.1 (vita familiare e professionale) dall'art. 16 CSE; l'art. 33.2 dall'art. 8 CSE e dall'art. 27 CSER; l'art. 34.1 (sicurezza sociale e assistenza sociale) dall'art. 12 CSE; l'art. 34.2 dall'art. 12, par. 4, e dall'art. 13, par. 4, CSE; l'art. 34.3 dall'art. 13 CSE e dagli articoli 30 e 31 CSER; l'art. 35 (protezione della salute) dagli articoli 11 e 13 CSE.

⁴⁷ Cfr. O. DE SCHUTTER, *La contribution de la Charte sociale européenne au développement du droit de l'Union européenne*, CRIDHO Working Paper, n. 10, 2006, pp. 1-31, reperibile *online*.

⁴⁸ In questa sede è ovviamente impossibile dare conto della sterminata bibliografia che evoca tale espressione. Mi limito, pertanto, a citare alcuni dei contributi più significativi: F. VON BENDA-BECKMANN, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2002, pp. 37-82; P. S. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Review*, 2007, pp. 1155-1237; S. BESSON, *How International is the European Legal Order? Retracing Tuori's Steps in the Exploration of European Legal Pluralism*, in *No Foundations*, n. 5, 2008, pp. 50-70, reperibile *online*; S. HAACK, *The Pluralistic Universe of Law: Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism*, in *Ratio Juris*, 2008, pp. 453-480; B. Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, 2008, pp. 375-411; W. TWINING, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2010, pp. 473-518; J.-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen. Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Paris, 2013, p. 365; ID., *L'application du droit de l'Union européenne et du droit international: de l'applicabilité à l'invocabilité*, in L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dirs.), *op. cit.*, pp. 71-84.

⁴⁹ M. FORTEAU, *La place des conventions internationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO (dirs.), *Union européenne et droit international*, Paris, 2012, p. 591 s., afferma che "les rapports entre conventions internationales conclues par les Etats membres et droit de l'Union européenne ne doivent pas uniquement être perçus comme des rapports de concurrence. Les unes peuvent utilement féconder l'autre". In tal senso, si veda anche F. SUDRE, *L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux*, in SFDI, *Colloque de Bordeaux. Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, 2000, pp. 169-193.

esterna e orizzontale⁵⁰. Tali dimensioni sono poi intersecate dalla dimensione pratica: qualunque giurista, di fronte ad un caso concreto che pone problemi ermeneutici, non si limita infatti a cercare la soluzione sul piano verticale, gerarchico, dei rapporti tra le fonti normative coinvolte ma, ovviamente, si accerta se esse non possano invece venire collegate orizzontalmente, cioè su un piano di complementarità sinergica. Il suo ragionamento, se si svolge nel contesto dei diritti umani, è del resto naturale, in quanto suo obiettivo ultimo è di massimizzarne la tutela, attingendo alle norme più protettive. In questa complessa operazione egli è sicuramente aiutato dalla Corte di giustizia, giacché essa si è notoriamente impegnata nella ricerca e nella definizione dei “principi generali del diritto comunitario”, cioè dell'UE⁵¹: fonti non scritte che però devono fare i conti con i principi generali del diritto internazionale e con gli altri strumenti internazionali a protezione dei diritti umani, compresa ovviamente la Carta sociale europea. Ed in effetti, seppure di rado, la Corte di giustizia si è riferita anche alla CSE per confermare un principio generale del diritto comunitario⁵².

È tuttavia proprio a questo punto che emerge l'assenza di principi direttivi che consentano di regolare i rapporti orizzontali tra le due differenti specie di fonti.

D'altronde, è la combinazione armoniosa tra i due sistemi che non è sempre possibile e quindi, in ultima analisi, in caso di antinomie, si procede solitamente alla loro gerarchizzazione⁵³. È in particolare la CGUE che, alla fine, contribuisce

⁵⁰ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, 2006, p. 187 s.; A. PELLET, *Préface*, in L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dirs.), *op. cit.*, p. 7, insiste sul fatto che: “en premier lieu, le droit international (public) et le droit de l'Union européenne constituent bien deux ordres juridiques (des ‘systèmes’ - cela m'est égal) distincts qui peuvent avoir des points de contact, s'influencer mutuellement, renvoyer l'un a l'autre, mais qui ne sont pas placés en situation de rapports hiérarchiques”.

⁵¹ La prima sentenza della Corte di giustizia, che a tal fine ha fatto riferimento ad un principio generale del diritto internazionale, risale notoriamente al 27 febbraio 1962, causa 10/61, *Commissione della CEE c. Italia*, p. 21.

⁵² Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 1978, causa 49/77, *Defrenne c. Sabena* (c.d. *Defrenne III*), punti 26-28: “[I]a Corte ha già ripetutamente constatato che il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana fa parte dei principi generali del diritto comunitario di cui essa deve garantire l'osservanza; (...) è indubbio che l'eliminazione delle discriminazioni fondate sul sesso fa parte di tali diritti fondamentali; (...) d'altronde, gli stessi concetti sono espressi dalla Carta sociale europea del 18 novembre 1961 e dalla convenzione n. 111 dell'Organizzazione internazionale del lavoro”. Si veda, più di recente, la sentenza della medesima Corte, dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, punto 43: “[s]i deve in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 CE, e la convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro”.

⁵³ È particolarmente significativa la sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2011, causa C-548/09 P, *Bank Mellat c. Iran*, punto 105: “[I]a Corte ha dichiarato pure, tuttavia, che, senza con questo rimettere in discussione il primato di una risoluzione del Consiglio di sicurezza sul piano del diritto internazionale, il rispetto che si impone alle istituzioni comunitarie nei confronti delle istituzioni delle Nazioni Unite non poteva comportare l'assenza di controllo della legittimità dell'atto comunitario con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione, cit., punti 288 e 326)”.

in maniera determinante al ripiegamento dell'ordinamento giuridico europeo su sé stesso⁵⁴; basti qui ricordare la famosa ed emblematica sentenza nel caso *Kadi e Al Barakaat*⁵⁵ (c.d. *Kadi I*), che conferma inequivocabilmente l'indirizzo emerso nella celebre pronuncia *Van Gend en Loos*⁵⁶ e nel parere 1/91⁵⁷. La Corte afferma con forza il primato del diritto UE sul diritto internazionale nello spazio europeo, pur sapendo che l'Unione e gli Stati membri possono essere chiamati, se del caso, a rendere conto sul piano internazionale della violazione dei loro rispettivi obblighi⁵⁸. Così facendo, essa non contribuisce di certo a mettere al riparo le altre istituzioni europee da possibili contrasti con le omologhe istituzioni politiche degli Stati membri, i quali, alla fine, potrebbero decidere di allinearsi al diritto internazionale di diretto riferimento, ad esempio proprio alla Carta sociale, cui si sono già tutti obbligati⁵⁹, soprattutto nei casi in cui essa offre una protezione più intensa. Sicché,

⁵⁴ L'autonomia dell'ordinamento giuridico europeo nasce in effetti da una sorta di "sovranità giurisdizionale" o di "competenza della competenza giudiziaria", parafrasando i contenuti di J. H. H. WEILER, U.R. HALTERN, *The Autonomy of Community Legal Order – Through the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, pp. 411-448, spec. p. 413 s.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (c.d. *Kadi I*); si vedano, in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale M. Poirares Maduro, presentate il 16 gennaio 2008, spec. punti 31, 34 e 35. I commenti alla sentenza sono notoriamente una miriade e pertanto mi limito a quelli che a mio parere sono più utili in questa sede: M. BEULAY, *Les arrêts Kadi et Al Barakaat International Foundation: Réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, pp. 32-40; D. DELCOURT, *La participation du juge à l'édification de la pyramide des sources internes et externes du droit communautaire*, in *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1118-1122; P. HIPOLD, *EU Law and UN Law in Conflict: The Kadi Case*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, pp. 141-182; N. LAVRANOS, *The Impact of the Kadi Judgment on the International Obligations of the EC Member States and the EC*, in *Yearbook of European Law*, 2009, pp. 616-625; M. PAIANDEH, H. SAUER, *European Union: UN Sanctions and EU Fundamental Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, pp. 306-315; A. PELLET, *Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi. Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme?*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, pp. 415-418; J.-M. THOUVENIN, *À la rencontre des droits (international, communautaire et interne). Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi. Présentation*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, pp. 352-354, nonché tutti gli altri contributi pubblicati nello stesso numero della Rivista citata, pp. 352-418; J. W. VAN ROSSEM, *Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community*, CLEER Working Papers, n. 4, 2009, pp. 1-43, reperibile online; K. S. ZIEGLER, *Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 288-305; G. DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, pp. 1-49.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁵⁷ Parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE sul "Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo".

⁵⁸ Cfr. sentenza *Kadi e Al Barakaat*, punto 288.

⁵⁹ Sotto un profilo più politico, è stato notato che, comunque, più l'Unione tende ad assumere le attribuzioni e i connotati di uno Stato sovrano, più sarà inevitabilmente spinta ad aderire agli strumenti internazionali cui si sono già obbligati tutti i suoi Stati membri; evidentemente si allude anche alla CSER. Cfr. I. DE JESUS BUTLER, O. DE SCHUTTER, *Binding the EU to International Human Rights Law*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 279.

alla fine, come è stato osservato⁶⁰, l'atteggiamento della Corte potrebbe nuocere allo stesso primato interno del diritto dell'Unione.

La giurisprudenza della Corte tende del resto a non offrire spazi ad approfondimenti incentrati sull'art. 30 della Convenzione sul diritto dei trattati, affermando piuttosto la validità del diritto UE e la sua primazia con argomenti essenzialmente autoreferenziali⁶¹.

Si tratta di una visione tipicamente dualista, che deve però considerare l'assodata differenza tra due Europee: l'*Europa delle istituzioni e della politica* e l'*Europa dei diritti*⁶²; quest'ultima, a sua volta, in tensione per l'incongrua distinzione tra diritti sociali e libertà economiche, che come si è più sopra ricordato comporta differenti risposte giurisprudenziali.

Quale soluzione si può proporre di fronte alla, apparentemente inevitabile, gerarchizzazione dei rapporti tra i due sistemi di cui si discute in questa sede?

In ultima analisi, a parte le proposte che ho tentato di illustrare in precedenza per favorire le relazioni e le sinergie tra i due ordinamenti, mi sembra che la soluzione degli eventuali conflitti tra il diritto dell'UE e la CSE/CSER si possa trovare anzitutto nel trattamento paritario di quest'ultima rispetto alla CEDU, finora pervicacemente "evitato" dalla CGUE⁶³, nonostante il fatto che la Carta sociale sia il riconosciuto *pendant* della Convenzione sul piano dei diritti sociali; in secondo luogo, nel riconoscimento che quando il diritto dell'UE si dimostra incompleto⁶⁴ in confronto

⁶⁰ J.-S. BERGÉ, *Du droit de l'Union européenne et du droit international: de l'applicabilité à l'invocabilité*, in L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dirs.), *op. cit.*, p. 376 s.

⁶¹ Come ricorda E. DUBUIT, *La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international*, in L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dirs.), *op. cit.*, p. 28: "[l]e résultat théorique de l'émancipation est de faire des traités constitutifs et du droit primaire le fondement exclusif et unique des normes du droit de l'Union".

⁶² Sono estremamente interessanti, a tale riguardo, le conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro, punti 31, 34 e 35; si vedano, inoltre, le considerazioni di P. MENGOZZI, *The European Union Balance of Powers and the Case law Related to EC External Relations*, in M. MONTI e al. (eds.), *Economic Law and Justice in Times of Globalization. Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung. Festschrift für Carl Baudenbacher*, Baden-Baden, 2007, pp. 207 ss. e 216 ss.

⁶³ Cfr. O. DE SCHUTTER, *La Carta sociale europea nel contesto dell'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2016, Studio commissionato dal Dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo su richiesta della commissione AFCE (PE 536.488), reperibile *online*. L'A. rimarca: "[l]a Corte di giustizia dell'Unione europea (...) pur facendo occasionali riferimenti alla Carta sociale europea quale fonte di orientamento per l'interpretazione del diritto dell'UE, essa ha finora rifiutato di porla allo stesso livello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come fonte d'ispirazione per lo sviluppo dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto dei quali essa garantisce il rispetto, in conformità dell'articolo 6, paragrafo 3, del trattato UE. Questa situazione è insostenibile" (p. 5).

⁶⁴ La Corte di giustizia, del resto, ha fatto riferimento a strumenti internazionali in materia di diritti umani diversi dalla CEDU, quando ha rilevato che quest'ultima non è sufficientemente completa in determinati settori: ad esempio, essa si è basata più volte sul Patto internazionale sui diritti civili e politici. La Corte ha fatto pure riferimento alla Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo, spiegando nella causa *Parlamento c. Consiglio* (sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, punto 37), quando il Parlamento europeo ha inteso annullare la direttiva sul ricongiungimento familiare del 2003 (direttiva 2003/86/CE), che, alla stessa stregua del Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione sui diritti del fanciullo è "vincolante nei confronti di ogni singolo Stato membro". Pertanto, la Corte di giustizia dovrebbe finalmente usare lo stesso metro nei confronti della Carta sociale, ben sapendo che essa è – vale la pena ribadirlo – il *pendant* naturale della CEDU nella tutela dei diritti sociali.

alla Carta sociale, essendo per di più quest'ultima un trattato internazionale ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione⁶⁵, non si deve tendere al suo ripiegamento su sé stesso, in specie attraverso l'affermazione gerarchica del suo assoluto primato, ma piuttosto accettare che si tratta di sistemi complementari, la cui specialità comporta un'incompletezza reciproca⁶⁶, che può essere colmata caso per caso, facendoli interagire orizzontalmente, per ottenere, di riflesso, anche la protezione più elevata dei diritti di volta in volta coinvolti.

A tale proposito, non bisogna infatti dimenticare che sono abbastanza numerosi i diritti sociali che il diritto UE protegge con standard inferiori, rispetto al sistema dei trattati della Carta sociale europea⁶⁷.

Inoltre, non bisogna scordare che ci sono diritti che la stessa CDFUE protegge indirettamente e in modo attenuato⁶⁸ rispetto alla CSER, ad esempio il diritto al lavoro, il diritto ad un'equa retribuzione, il diritto alla tutela contro la povertà e l'emarginazione sociale o il diritto all'abitazione; diritti che sono invece espressamente riconosciuti e garantiti ad un livello elevato dalla CSER⁶⁹.

Se si procede poi ad un'attenta analisi del diritto primario dell'UE, ci si accorge che alcuni diritti sociali non sono neppure garantiti dal TUE o dal TFUE. Ne citerò soltanto alcuni ad esempio: il diritto di tutti i lavoratori ad un ragionevole periodo di preavviso in caso di cessazione del rapporto di lavoro (art. 4, par. 4, CSER) e il diritto all'orientamento professionale (art. 9 CSER). Inoltre, a proposito del diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione e all'assistenza, si può notare che non sono previsti nella CDFUE numerosi impegni, stabiliti invece a carico degli Stati ad opera della CSER (art. 19, paragrafi 1, 2, 3, 7, 9, 10). Si tratta, in particolare, degli impegni atti a promuovere, nel modo opportuno, la cooperazione tra i servizi sociali, pubblici o privati, dei paesi di emigrazione e di immigrazione (par. 3); per garantire ai lavoratori che si trovano legalmente sul loro territorio un

⁶⁵ La Corte stessa ha osservato nella sentenza *Kiiski*, punti 48 e 49, che la Carta sociale europea è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea (nella sua versione originale del 1961 o nella sua forma riveduta del 1996). Anche se gli impegni presi sono disomogenei, tutti gli Stati si sono quindi impegnati a "riconoscere, come obiettivo di una politica che essi perseguiranno con ogni mezzo utile, a livello nazionale e internazionale, l'attuazione di condizioni atte ad assicurare l'esercizio effettivo dei (...) diritti e principi [elencati nella parte II della Carta sociale europea]".

⁶⁶ Cfr. J.-S. BERGÉ, *Interactions du droit international et européen. Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen*, in *Journal du droit international*, 2009, pp. 903-922; Id., *Interactions du droit international et européen: la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen: réflexion au départ de quatre cas*, in *Journal du droit international*, 2010, pp. 900-910; Id., *Approche méthodologique des rapports de systèmes: comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen*, in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO (dirs.), *op. cit.*, pp. 575-585; Id., *La complémentarité du droit national, international et européen: perspectives pour les individus*, in *European Review of Private Law*, 2016, pp. 373-392.

⁶⁷ Cfr. O. DE SCHUTTER, *La Carta sociale europea*, cit., spec. pp. 16-18, e Id., *La Charte sociale européenne par temps de crise*, CRIDHO Working Paper, n. 1, 2016, p. 21, reperibile online, che, riferendosi in particolare alla CDFUE, afferma testualmente che si tratta: "d'une charte qui présente des lacunes importantes en matière de droits sociaux, nettement en retrait par rapport aux standards du Conseil de l'Europe".

⁶⁸ Argomenta in modo esaustivo tali differenze, che concernono in particolare gli articoli 15 e 31 della CDFUE, O. DE SCHUTTER, *La Charte sociale européenne par temps de crise*, cit., p. 20 e spec. nota 69 del testo.

⁶⁹ Si tratta, rispettivamente, degli articoli 1, 4, 30 e 31 della CSER.

trattamento non meno favorevole di quello concesso ai propri cittadini per le azioni legali vertenti su questioni di cui all'art. 19 (par. 7); per consentire, entro i limiti stabiliti dalla legislazione, il trasferimento di qualsiasi parte dei guadagni e dei risparmi dei lavoratori migranti che essi desiderino trasferire (par. 9); per estendere la tutela e l'assistenza di cui al menzionato art. 19 ai lavoratori migranti che lavorano in proprio, se le misure in questione sono applicabili a tale categoria (par. 9).

Occorre anche rammentare che le garanzie disposte dalla CSER del 1996 in alcuni ambiti materiali vanno ben oltre la protezione che può essere prevista dal diritto europeo in applicazione dell'art. 153 TFUE, giacché l'UE negli stessi settori può soltanto sostenere e completare l'azione degli Stati membri, in particolare mediante direttive contenenti prescrizioni minime applicabili progressivamente, e comunque ad esclusione di qualsiasi misura intesa ad armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati. Così, per esempio, risulta che l'art. 11 della CSER, in base all'interpretazione fornita dal CEDS⁷⁰, garantisce il diritto alla tutela della salute a un livello superiore per quanto riguarda l'impiego dei microrganismi geneticamente modificati⁷¹ o per la sicurezza dei prodotti⁷². Di conseguenza, gli Stati membri sono obbligati a rispettare la Carta sociale e, per contro, l'Unione non può imporre loro gli stessi standard di protezione attraverso misure di armonizzazione.

Ma anche nei settori in cui l'UE può adottare misure d'armonizzazione, ad esempio per favorire l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, in base agli articoli 114 e 115 del TFUE, si potrebbero verificare situazioni in cui le norme comunitarie proteggono i diritti sociali coinvolti ad un livello inferiore rispetto a quello prescritto dalle disposizioni della Carta sociale. Sicché, in tal caso, gli Stati membri non avrebbero più la possibilità di conformarsi agli obblighi che essa prescrive, senza violare quelli che discendono dal diritto dell'UE⁷³.

È dunque evidente che gli Stati membri dell'UE, per evitare di infrangere il diritto internazionale⁷⁴, dovranno pervenire, anche se gradualmente, agli standard di protezione previsti dalla Carta sociale. Sicché, per converso, l'adozione di misure d'austerità regressive da parte degli Stati deve tener conto del contenuto essenziale

⁷⁰ CEDS, *Conclusions XVI-2*.

⁷¹ Direttiva 90/219/CEE del Consiglio, del 23 aprile 1990, sull'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati. Si veda anche la direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati.

⁷² Direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1992, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, modificata dalla direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

⁷³ In tal senso, C. SACHS-DURAND, *Comparaison de la Charte sociale européenne et des règles sociales de l'Union européenne*, in N. ALIPRANTIS (ed.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, 2008, pp. 253-265; O. DE SCHUTTER, *La Charte sociale européenne par temps de crise*, cit., spec. p. 21 ss.

⁷⁴ D'altra parte, è la stessa Corte di giustizia, nella menzionata sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, che ammette, seppure indirettamente, la necessità di dare prevalenza, se del caso, alla tutela più intensa risultante da altri strumenti internazionali, per assicurarne il rispetto: “[p]er quanto attiene agli Stati membri vincolati da tali strumenti, si deve peraltro rammentare che la direttiva, come affermato all'art. 3, n. 4, della medesima, non pregiudica le disposizioni più favorevoli contenute nella Carta sociale europea del 18 ottobre 1961, nella Carta sociale europea riveduta del 3 maggio 1987 e nella Convenzione europea relativa allo status di lavoratore migrante del 24 novembre 1977, nonché quelle contenute negli accordi bilaterali e multilaterali stipulati tra la Comunità o tra la Comunità e i suoi Stati membri, da una parte, e paesi terzi, dall'altra” (punto 107).

e irriducibile dei diritti sociali coinvolti, così come definito mediante l'attività interpretativa del CEDS.

Il CEDS, in particolare, considera inappropriate (*rectius*: sproporzionate) le misure d'austerità decise dagli Stati se è possibile dimostrare che, per raggiungere gli stessi obiettivi di risparmio (ad es. per diminuire il debito sovrano dello Stato), a parità di risorse risparmiate, essi ne potevano adottare altre meno peggiorative per i diritti sociali coinvolti e quindi con effetti afflittivi – anche cumulativi – minori sulla popolazione interessata e soprattutto sulle persone più vulnerabili⁷⁵.

Questo indirizzo interpretativo può avere effetti notevoli a livello nazionale, se si conviene che una misura regressiva, qualora risulti più dolorosa di una misura alternativa in grado di raggiungere lo stesso risultato economico e finanziario a parità di risorse risparmiate, viola il diritto coinvolto e, di conseguenza, la stessa Costituzione dello Stato interessato, che generalmente impone il rispetto degli obblighi internazionali, anche se essa non attenta al contenuto essenziale, irriducibile, del diritto sociale implicato. In fondo, non è altro che la migliore applicazione dei noti principi di proporzionalità e ragionevolezza⁷⁶ alle misure d'austerità adottate dagli Stati.

In conclusione, mi sembra che tutte le proposte formulate in questa sede potrebbero anche contribuire a riavvicinare i cittadini europei alle istituzioni dell'Unione, giustamente accusate di aver troppo spesso dimenticato la dimensione sociale dell'Europa, in nome della crisi economica e finanziaria.

⁷⁵ Cfr. decisione del Comitato europeo dei diritti sociali del 7 dicembre 2012 in merito al reclamo 76/2012, *Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce (IKA-ETAM) c. Grèce*, par. 75, e *Conclusions XIX-2 (2009), Introduction générale*, par. 17. In altre parole, il Comitato ha dedotto dall'obbligo generale di aumentare progressivamente il livello di protezione dei diritti consacrati dalla Carta, che si evince dal suo dettato, una presunzione di non conformità per tutte le misure regressive adottate dagli Stati durante la crisi economica, precisando inoltre che esse possono essere giustificate soltanto se, rispetto all'obiettivo che perseguono, risultano adeguate, strettamente necessarie e proporzionate. Sul principio di non regressione, o "principio di *standstill*", si veda, in particolare, I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, 2008, spec. pp. 15-29 e 63-67; ID., *Le principe de standstill: actualités et perspectives*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 2012, pp. 6-18. È anche opportuno segnalare che nel particolare contesto della crisi economica il Comitato, rispetto alla Corte EDU, ha esercitato un controllo più esteso sulle misure regressive aventi ad oggetto i diritti fondamentali. Si veda, ad esempio, nel caso *Poulain c. France*, in specie la decisione sulla ricevibilità dell'8 febbraio 2011, nella quale la Corte ha riconosciuto un grande margine di apprezzamento allo Stato che ha adottato misure notevolmente afflittive sul piano economico e sociale; si veda pure nel caso *Koufaki et Adedy c. Grèce*, in specie la decisione sulla ricevibilità del 7 maggio 2013, nella quale la Corte ha sottolineato che, rispetto a delle possibili soluzioni alternative, la loro eventuale esistenza non rende di per sé ingiustificata la legislazione statale adottata e che il legislatore greco non ha oltrepassato il proprio margine di apprezzamento; in particolare, essa ha segnalato che "la Cour n'a pas à dire s'il a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer son pouvoir différemment" (par. 48). Sul margine di apprezzamento della Corte EDU in periodo di crisi, *ex multis*, v. L. MOLA, *The Margin of Appreciation Accorded to States in Times of Economic Crisis: An Analysis of the Decisions by the European Committee of Social Rights and by the European Court of Human Rights on National Austerity Measures*, in *Lex social*, 2015, pp. 174-194, reperibile online; ID., *Protection of Social Rights in Times of Economic Crisis under the ECHR and the ESC: A Comparative Analysis*, in J. LUTHER, L. MOLA (eds.), *op. cit.*, pp. 45-63.

⁷⁶ In argomento, sia consentito rinviare a G. GUIGLIA, *La giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica: le decisioni concernenti la Grecia*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016, pp. 83-108.

L'auspicio è dunque che, abbandonata ogni velleità di supremazia e di concorrenza; riconosciuta la specialità e la complementarità dei due sistemi giuridici di cui s'è detto, quando si tratti di proteggere i diritti sociali, in particolare per ottenerne la protezione più intensa; lasciato quindi spazio, il più possibile, a sinergie che contribuiscano a instaurare vere e proprie interazioni normative paritarie, si pervenga finalmente ad un'Europa che si impegna *per* le persone e *per* i loro diritti; per tutti i loro diritti, senza alcuna artificiosa divisione e senza dimenticare che è la dimensione sociale dell'Europa, basata sul raggiungimento di elevati standard di tutela dei diritti sociali, che legittima la stessa Unione europea⁷⁷, il suo progetto economico, e non viceversa. “Strengthened in this way, social rights will help garner public support for the values of democracy and provide the basis for a Europe that will be not only more prosperous but will also show greater solidarity and be more united”⁷⁸.

Abstract

Reflections on the Relationships and Synergies between the European Union Law and the European Social Charter

This article attempts to consistently harmonise the relations between European Union (EU) Law and the Council of Europe's European Social Charter(s) (European Social Charter adopted 1961 – ESC – and 1996 Revised European Social Charter – RESC). In the light of the implementation of the “European Pillar of Social Rights”, the clash between legal systems might be overcome and the ESC could become the legal standard of reference in the field of social rights. This paper puts forward several proposals to facilitate smooth relations between EU Law and the ESC system, assessing the role that the Court of Justice of the European Union (CJEU) might play in that regard as well as that of other procedural mechanisms. The latter includes a harmonised approach in the political and normative EU mechanisms, in the implementation of EU directives in domestic legal systems, and finally, by allowing the EU to participate to the activities of the European Committee of Social Rights. It is argued herein that a form of synergy between the two legal systems can be found by the development of a trend of referring to the ESC when the EU enacts legislation in the area of social rights. This can be considered the result of a “sincere cooperation” between

⁷⁷ “Paradoxalement, penser l'avenir des droits sociaux implique de reprendre un outil intellectuel ancien: la théorie du contrat social comme acte politique fondateur d'une société. Car c'est bien la question lancinante que les crises actuelles posent à l'Europe: sur quel accord entend-on fonder un projet pour l'Europe? La notion de contrat social permet d'apporter des éléments de réponse, en soulignant la nature politique des droits sociaux, qui fondent un projet de vie en commun et justifient une organisation sociale adéquate. Mettre en évidence cette nature politique ne conduit en aucun cas à nier leur dimension de droits fondamentaux. Tout au contraire, cela conduit à relever que, *comme pour les droits civils et politiques*, les droits sociaux sont des 'biens communs', qui assignent une finalité à l'organisation sociale (A) et reposent sur l'idée de citoyenneté politique et sociale (B)”; in tal senso, D. ROMAN, *Synthèse: Les droits sociaux comme projet politique pour l'Europe*, in F. BENOÎT-ROHMER, N. MOIZARD, M. SCHMITT (dirs.), *op. cit.*, p. 125.

⁷⁸ T. YAGLAND, *Opinion of the Secretary General of the Council of Europe on the European Union Initiative to Establish a European Pillar of Social Rights*, par. 41. Il parere è reperibile [online](#).

the EU Institutions and the EU member states (Article 4, para. 3, TEU). The principle of sincere cooperation, established in EU primary law and further elaborated by the CJEU, is also consistent with the international law's principle *pacta sunt servanda*. The combination of the two principles, when the ESC is concerned, should generate obligations on EU institutions. In the attempt to develop further synergies, the analysis of the mentions to the ESC in the preambles of the TEU and the Charter of Fundamental Rights of the EU is carried out and proves particularly significant.

In the last section of the article, a solution to the trend of creating hierarchies between the two legal system is sought. Indeed, the Court of Justice has long claimed the primacy of EU law over international law in EU zone. On the one hand, the proposed solution suggests that the ESC/RESC should receive the same treatment of the European Convention of Human Rights by EU law: an even treatment that EU's Court of Justice has attentively avoided from granting so far. On the other hand, it is recommended that the protection of social rights require the recognition of the speciality and the complementarity of the two mentioned legal systems. To enhance the socio-economic protection of people, non-hierarchical normative interactions should be preferred.

Gaia Calafiore*

Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *versus* giudicato penale: il *discrimen* fra violazioni procedurali e sostanziali

SOMMARIO: 1. Il valore e l'efficacia delle sentenze della Corte europea nel sistema CEDU. – 2. L'inesecuzione delle sentenze europee e i possibili rimedi nell'ordinamento italiano. – 3. I rimedi per violazioni procedurali: la giurisprudenza europea e nazionale nei casi *Somogy*, *Dorigo* e *Drassich*. – 4. La revisione del giudicato per violazioni sostanziali. – 5. La sentenza *Scoppola* sulla retroattività della *lex mitior* e gli effetti favorevoli nei confronti del non-ricorrente Ercolano. – 6. La posizione della Corte di cassazione. – 7. La sentenza della Corte costituzionale. – 8. Le condizioni fissate dalla Cassazione per la revisione del giudicato nei confronti dei non-ricorrenti. – 9. Nessuna estensione degli effetti della sentenza europea nel caso *Contrada*. – 10. La possibile estensione degli effetti della sentenza *Drassich* a seguito dell'accertamento di una violazione procedurale. – 11. Conclusioni.

1. Nel sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito: CEDU)¹, gli Stati contraenti sono obbligati a conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte europea) (art. 46 CEDU)².

Le sentenze della Corte europea hanno efficacia di *res iudicata* e *interpretata* nei confronti dello Stato convenuto³. Tali sentenze hanno natura essenzialmente

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

¹ Sulla possibilità di riconoscere carattere sovranazionale anche al sistema CEDU si veda, tra tutti, G. CAGGIANO, *I "cerchi" dell'integrazione. Sovranazionalità e sovraordinazione normativa nell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 26 ss.

² La norma in parola ha definitivamente sostituito l'art. 53 della CEDU che prima della riforma del 1998, con cui è entrato in vigore il Protocollo n. 11, disponeva che "[t]he High Contracting Parties undertake to abide by the decision of the Court in any case to which they are parties".

³ Si veda, fra gli altri, nella dottrina italiana: G. RAIMONDI, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani negli affari nei quali essi sono parti: l'art. 46, primo comma, della CEDU*, in AA. VV., *La Corte europea dei diritti umani*, Roma, 2003, p. 42 ss.; G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte*

dichiarativa⁴ in quanto accertano la violazione da parte degli Stati che sono lasciati liberi, in linea di principio, di scegliere i mezzi da utilizzare per la relativa attuazione⁵. A ben vedere, infatti, la corretta esecuzione delle sentenze della Corte europea, decisiva al fine di garantire l'efficacia del sistema CEDU⁶, dipende principalmente dall'adozione di misure da parte delle autorità nazionali.

La questione si presenta, in realtà, in modo più complesso secondo una tendenza giurisprudenziale di carattere evolutivo. Nella prima fase⁷, il dispositivo delle sentenze si limitava alla sola imposizione di misure risarcitorie mentre erano escluse

europea negli ordinamenti nazionali, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, il quale sottolinea che da un punto di vista oggettivo, l'efficacia di cosa giudicata delle sentenze della Corte EDU ha "effetto relativo" atteso che concerne esclusivamente il caso che ha dato luogo alla decisione.

⁴ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, par. 58; GC, sentenza del 30 giugno 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera*, ric. n. 32772/02, par. 61; sentenza del 18 settembre 2012, *Egmez c. Cipro*, ric. n. 12214/07, par. 48; GC, sentenza del 5 febbraio 2015, *Bochan c. Ucraina*, ric. n. 22251/08, par. 34; GC, sentenza dell'11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), ric. n. 19867/12, par. 47.

⁵ In tal senso si veda, *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 1° marzo 2006, *Sejdicovic c. Italia*, ric. n. 56581/00, par. 127, secondo cui "(...) the respondent State remains free (...) to choose the means by which it will discharge its obligation to put the applicant, as far as possible, in the position he would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded". Anche con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14 (2010), che ha modificato l'art. 46 CEDU, non è stata data alcuna indicazione circa le misure e le modalità attraverso le quali gli Stati condannati debbano rimediare alla violazione constatata. In dottrina, si veda A. ATTERITANO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 665 ss.; G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico*, 2014, p. 1076 ss.

⁶ Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, Dichiarazione di Brighton, adottata il 20 aprile 2012, paragrafi 26-29.

⁷ Per la giurisprudenza si veda, tra tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72, par. 48; sentenza del 26 aprile del 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74. In dottrina R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 608 ss.; R. ST. J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, p. 83 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. 372 ss. secondo cui il principio di sussidiarietà implica che "lo standard comune internazionalmente pattuito in tema di protezione dei diritti umani affianchi e non sopprima le prerogative e le normative nazionali: solo ove le autorità nazionali falliscano nei loro compiti (...) quelle internazionali sono chiamate a 'sussidiarle'"; C. M. ZOETHOUT, *Margin of Appreciation, Violation and (in)Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication?*, in *European Public Law*, 2014, p. 309 ss. Si ricorda, inoltre, il Protocollo n. 15 (recante emendamento alla Convenzione), adottato a Strasburgo il 24 giugno 2013, che richiama espressamente il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento. Il Protocollo in parola entrerà in vigore dopo la ratifica di tutti gli Stati aderenti alla Convenzione.

misure di riparazione in forma specifica⁸. In una fase successiva⁹, il dispositivo è divenuto più dettagliato poiché non si limita solo ad accordare un'equa soddisfazione (art. 41 CEDU) ma può indicare anche il tipo di misure individuali e/o generali che lo Stato è tenuto ad adottare al fine di eliminare le conseguenze della violazione e favorire la *restitutio in integrum*¹⁰. Si può piuttosto dire che ormai la prassi giurisprudenziale risulta modificata nel senso che la Corte ordina nel dispositivo l'adozione di misure ripristinatorie o, in generale, l'introduzione di meccanismi idonei ad evitare il ripetersi di una violazione "sistemica, strutturale e non isolata"¹¹; al contrario l'obbligo dell'equa soddisfazione viene decretato in modo residuale qualora non sia di per sé sufficiente a rimediare alla violazione accertata¹².

Pertanto, è dubbio se le sentenze della Corte europea abbiano ormai acquisito, in tutto o in parte, natura costitutiva. In particolare, la maggiore specificità delle misure previste e la minore libertà degli Stati nella scelta dei mezzi di esecuzione si ritrova sia nel dispositivo delle sentenze definite "pilota", oggetto di una specifica

⁸ In tal senso si vedano P. PIRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restitution in integrum ed equa soddisfazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 167 ss.; ID., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 86 ss.; V. STARACE, *L'inadeguatezza della vigente disciplina convenzionale, relativa all'esecuzione delle sentenze e l'opportunità di adeguamenti*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, p. 127 ss.

⁹ Si vedano *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grecia*, ric. n. 14556/89; sentenza del 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ric. nn. 39221/98 e 41963/98; sentenza del 23 gennaio 2001, *Brumarescu c. Romania*, ric. n. 28342/95; GC, sentenza dell'8 aprile 2004, *Assanidzé c. Georgia*, ric. n. 71503/01; GC, sentenza del 12 maggio 2005, *Oçalan c. Turchia*, ric. n. 46221/99; GC, sentenza del 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, ric. n. 56581/00; GC, sentenza del 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spain*, ric. n. 42750/09.

¹⁰ Sul punto si vedano H. KELLER, C. MARTI, *Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 829 ss., secondo cui, con il passare del tempo, la Corte è andata oltre "its usual declaration that the ECHR has been violated and, in addition, directing the respondent state to take or abstain from specific action, the Court has complemented implementation (as a domestic and political process) through either guidance or orders".

¹¹ In tal senso si vedano A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 49, secondo cui l'equa soddisfazione *ex art. 41 CEDU* dovrebbe essere intesa "come uno strumento accessorio destinato a compensare unicamente i danni già prodottosi connessi a situazioni fisicamente irreversibili"; S. VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che rilevano la contrarietà alla Convenzione di situazioni interne di portata generale*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 52, secondo il quale la *ratio* dell'art. 41 CEDU, così interpretato, è "quella di garantire comunque una qualche forma di ristoro all'individuo leso".

¹² Si vedano *ex multis*, sentenza del 24 giugno del 1993, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, ric. n. 14556/89, ove la Corte ha osservato che "si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'Etat défendeur de la réaliser, la Court n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-meme"; sentenza *Scozzari*, par. 249, ove la Corte osserva che "(...) a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects".

procedura (codificata nell'art. 61 del regolamento della Corte)¹³, sia nell'ambito delle motivazioni delle sentenze definite “quasi-pilota” che producono effetti equivalenti¹⁴.

In tale contesto, un ruolo fondamentale è riconosciuto al Comitato dei Ministri incaricato di supervisionare la corretta esecuzione delle sentenze da parte degli Stati contraenti¹⁵. Il Comitato può attivare una “procedura di infrazione” in caso di rifiuto dello Stato condannato di conformarsi (art. 46, par. 4)¹⁶; può inoltre domandare alla Corte europea di chiarire l'interpretazione di una propria sentenza per facilitarne l'esecuzione.

Al riguardo, le competenze della Corte europea in materia di esecuzione sono state oggetto di una recente precisazione nella pronuncia *Moreira Ferreira*¹⁷. La Corte ha statuito l'inammissibilità di un ricorso volto a far valere l'inadempimento dell'obbligo di esecuzione di una sentenza da parte di uno Stato condannato¹⁸. In generale, il controllo sull'obbligo di adempimento da parte dello Stato contraente della sentenza esula dalla competenza *ratione materiae* della Corte¹⁹, salvo che nell'ambito della procedura di infrazione o nel caso in cui il nuovo ricorso “(...) includes *new aspects* that do not they were determined in the initial judgment”²⁰.

¹³ Si veda, tra tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, sentenza del 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ric. n. 31443/96. Sulle sentenze pilota si rinvia a P. PIRRONE, *Art. 46*, 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. 748 ss.; A. SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali previo esaurimento e gestione “sussidiaria” delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 263 ss.; M. YAVUZ, *The Pilot Judgement Procedure: A Breackthrough to Overcome the Workload of the European Court of Human Rights?*, in *Human Right Review*, 2015, n. 5, p. 87 ss.

¹⁴ Tali sentenze sono definite “quasi-pilota”. Si veda, tra gli altri, A. CANNONE, *Violazione dei diritti umani derivanti da problemi sistemici o strutturali e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2018, secondo cui la struttura delle sentenze quasi-pilota consiste “nell'indicazione del problema sistemico o strutturale e delle misure generali raccomandate nella parte della motivazione relativa all'art. 46 CEDU (...) senza alcuna indicazione nel dispositivo”.

¹⁵ Si veda V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit., p. 56, secondo cui il Comitato dei ministri è titolare di una “funzione di controllo collettivo” in quanto affidato a tutti gli Stati contraenti.

¹⁶ Sul punto si ricorda che, recentemente, il Comitato dei ministri ha avviato per la prima volta una procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 46, par. 4 contro l'Azerbaijan (Ref. DC 177(2017), 5 dicembre 2017) per la mancata esecuzione della sentenza del 16 novembre 2017, *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan* (no. 2), ric. n. 919/15. Si veda G. CAGGIANO, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷ Sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2).

¹⁸ Par. 101 ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ivi*, par. 57 (corsivo aggiunto). Nel caso *Moreira Ferreira*, infatti, la Corte ha ritenuto ammissibile (seppur infondato nel merito) il ricorso presentato dalla ricorrente per far valere la violazione dell'art. 6 CEDU commessa nell'ambito del procedimento nazionale di riesame per dare attuazione alla sentenza della Corte europea a suo favore. La competenza della Corte europea viene fondata sul rilievo che trattasi di una “new application” che coinvolge nuovi aspetti non determinati nel giudizio iniziale. Si ricorda, tuttavia, la *dissenting opinion* redatta congiuntamente dai giudici Raimondi, Nußberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølbros e O'Leary, secondo cui il rifiuto da parte delle autorità nazionali di riaprire il procedimento a seguito di una sentenza che ha riscontrato la violazione dell'art. 6 non può essere considerato un *fatto nuovo rilevante* e idoneo a consentire l'ammissibilità del ricorso. La Corte

2. Nell'ordinamento italiano, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno individuato i meccanismi più idonei per dare esecuzione alle sentenze europee, soprattutto in situazioni in cui si applica il principio di intangibilità del giudicato in materia penale²¹.

In generale, possiamo dire: 1) per quanto riguarda le ipotesi di *error in procedendo*, la riapertura del procedimento²² è stata ritenuta strumento necessario e sufficiente per garantire la *restitutio in integrum* e rimediare alla violazione della CEDU; 2) per quanto riguarda invece le violazioni di ordine sostanziale, la giurisprudenza ha individuato il rimedio nella modifica del trattamento sanzionatorio, per il tramite dell'incidente di esecuzione²³.

La distinzione tra violazioni di ordine procedurale e quelle di ordine sostanziale rileva, inoltre, per definire lo *status* di coloro che *non* hanno proposto ricorso alla Corte europea (soggetti terzi a cui la sentenza non si indirizza e che si trovino in una situazione analoga a quella del ricorrente) in relazione alla possibile estensione dei medesimi strumenti di tutela accordati al ricorrente. Una parte della giurisprudenza nazionale è orientata in tal senso, ovvero estendere la portata delle sentenze europee "oltre il caso deciso". Tale soluzione, come vedremo meglio in seguito, è giustificata principalmente dalla considerazione che, nella materia penale, vengono in gioco diritti fondamentali della persona lesi dall'esecuzione di una pena proclamata illegale da una decisione della Corte europea. Viceversa, un'altra parte della giurisprudenza non ammette tale valore *erga omnes*, negando ai non-ricorrenti l'utilizzo di analoghi strumenti di tutela.

Nel presente lavoro analizzeremo, pertanto, due diverse situazioni giuridiche. In primo luogo la situazione del ricorrente che abbia ottenuto il riconoscimento di una violazione dei propri diritti²⁴ e in particolare i meccanismi adottati dalla giurisprudenza nazionale per colmare il vuoto normativo e conformare il giudicato nazionale a una sentenza definitiva della Corte europea. In secondo luogo, la situazione dei non-ricorrenti che si trovano nell'identica condizione sostanziale del ricorrente²⁵ in relazione alla questione della natura vincolante delle sentenze europee "oltre il caso deciso".

Resta fuori dal campo di indagine analoga questione che è stata posta con riferimento alla revocazione del giudicato civile e amministrativo a seguito di sentenze

europea, dunque, sarebbe priva di qualsiasi competenza anche per i procedimenti di revisione che conseguono ad una violazione già accertata dalla Corte.

²¹ In tal senso si veda A. DI STASI, *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 1 ss., spec. p. 103. Sui rapporti tra ordinamento italiano e sistema CEDU, v. tra tutti, U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss.; Id., *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, *ivi*, 2017, p. 489 ss.

²² Vedi oltre, par. 3.

²³ Si veda oltre, par. 4. In particolare si veda la sentenza della Corte cost., 3 luglio 2013, n. 210 secondo cui, quando "si tratta (...) di applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale (...) che non richieda la riapertura del processo [essa trova] un rimedio direttamente in sede esecutiva" (par. 8).

²⁴ *Infra*, paragrafi 3 e 4.

²⁵ *Infra*, par. 5 ss.

della Corte europea. Vale la pena, però, di accennare che di recente la Corte costituzionale²⁶ ha affermato che l'“atteggiamento più cauto”, nelle materie diverse da quella penale, è giustificato dalla necessità di tutelare la posizione dei terzi e dalla circostanza che nel processo civile e amministrativo non è in gioco il diritto alla libertà personale. Per tale motivo, la possibilità di prevedere, nelle materie diverse da quella penale, la riapertura del processo in presenza di violazioni processuali, è rimessa al legislatore a cui spetta una “delicata ponderazione fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi”²⁷.

3. In alcune sentenze relative all'accertamento di violazioni dell'equo processo *ex art. 6 CEDU*, l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte europea ha costretto la giurisprudenza nazionale ad individuare lo strumento più idoneo a conformarsi ad esse, specie in presenza di inerzia del legislatore.

Una prima pronuncia in tal senso è stata resa sul caso *Somogy*, nel quale la Corte europea²⁸ aveva constatato una violazione della CEDU: il processo si era svolto in *absentia* del condannato senza che le autorità italiane avessero preso tutte le misure necessarie al rispetto del diritto a partecipare al processo²⁹. Secondo la Corte europea, il rimedio più appropriato in un caso di violazione di ordine procedurale sarebbe quello di “rinnovare il processo”³⁰. A livello nazionale, il ricorrente domandava un'istanza di revisione del processo volta alla revoca della sentenza di condanna. Secondo la Corte di cassazione³¹, “i precisi obblighi nascenti dalla

²⁶ Sentenza del 7 marzo 2017, n. 123. Secondo la Consulta, seppur la riapertura del processo rappresenti, anche nella materia civile e amministrativa, lo strumento più idoneo per l'effettività del sistema convenzionale, non emergerebbe dalla giurisprudenza della Corte europea (in particolare, sentenza *Bochan*) un *obbligo generale* di riaprire il processo (come accade nella materia penale). Invero, sarebbe rimessa “agli Stati la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte senza indebitamente stravolgere i principi della *res iudicata* o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare” (par. 57). Nel processo civile e amministrativo, infatti, sono coinvolti soggetti diversi da quelli che hanno preso parte al giudizio (sia nazionale che europeo) i cui interessi devono necessariamente essere tutelati unitamente “al rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata*”. Per un commento, si veda, tra tutti, A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123/2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2017, p. 460 ss.

²⁷ Sentenza del 7 marzo 2017 n. 123, par. 17.

²⁸ Sentenza del 18 maggio 2004, *Somogy c. Italia*, ric. n. 67972/01.

²⁹ *Ivi*, par. 82.

³⁰ *Ivi*, par. 86. Tale formula (denominata “clausola *Gençel*” dall'omonimo caso) è stata utilizzata, per la prima volta, nello specifico contesto dei casi contro la Turchia relativi all'indipendenza e all'imparzialità dei tribunali per la sicurezza nazionale, nella sentenza del 23 ottobre 2003, *Gençel c. Turchia*, ric. n. 53431/99, par. 27, in cui la Corte aveva concluso che “(...) la condamnation d'un requérant a été prononcée par un tribunal qui n'était pas indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1, elle estime qu'en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial”. Nella successiva sentenza *Oçalan*, par. 210, la Grande Camera ha confermato tale orientamento specificando che la misura della riapertura del processo “(...) depend on the particular circumstances of the individual case and be determined in the light of the terms of the Court's judgment in that case”. Nello stesso senso la sentenza *Verein gegen Tierfabriken Vgt*, in cui la Grande camera ha spiegato che la riapertura del processo è un “(...) key means for the proper execution of the Court's judgments” e deve avvenire secondo le conclusioni e lo spirito della sentenza della Corte europea della cui esecuzione si tratta.

³¹ Cassazione penale, Sez. I, sentenza del 3 ottobre 2006, n. 32678, *Somogy*.

Convenzione (...) portano necessariamente a concludere che, in materia di violazione dei diritti umani il giudice nazionale sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione l'intangibilità del giudicato³². Il giudicato non dovrebbe quindi essere di ostacolo alla richiesta di *restitutio in integrum*, poiché l'incidenza delle sentenze della Corte europea sulla *res iudicata* è fenomeno "fisiologico e istituzionale"³³. Il giudice nazionale è tenuto a conformarsi alla decisione europea che abbia accolto il ricorso accertando una violazione e consentire la celebrazione di un nuovo processo sul piano nazionale³⁴.

Una seconda più celebre vicenda è quella nel caso *Dorigo*, che è stato oggetto, al contempo, di interventi della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Sulla vicenda in parola si può ricordare che la Commissione europea dei diritti umani³⁵ aveva affermato la violazione del diritto del ricorrente ad un corretto espletamento delle prove testimoniali (art. 6, par. 3, lett. d), CEDU³⁶. Successivamente, la Corte di cassazione³⁷ è intervenuta sostenendo che, seppur il legislatore non abbia previsto un mezzo idoneo ad instaurare un nuovo processo, è dovere del giudice dell'esecuzione dichiarare "l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 CEDU"³⁸. Dalla sentenza della Corte europea, infatti, discende un obbligo per lo Stato di ripristinare una procedura rispondente alla "legalità convenzionale" allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli³⁹. Ne consegue che il giudicato nazionale deve essere revocato per riconoscere il diritto del condannato alla "rinnovazione del giudizio" tramite cui ripristinare i diritti fondamentali lesi⁴⁰. L'assenza di un rimedio efficace (legislativamente previsto) per garantire la riapertura del processo non può essere ingiustamente addebitato al ricorrente/condannato. In altri termini, non consentire la riapertura del processo vorrebbe dire "rinnegare la precettività della CEDU e la forza vincolante della decisione della Corte medesima"⁴¹.

³² *Ivi*, par. 11.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Commissione europea, rapporto del 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*, ric. n. 33286/96.

³⁶ *Ivi*, par. 38.

³⁷ Cassazione penale, Sez. I, sentenza del 1° dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*. La sentenza in parola interviene a seguito dei numerosi inviti, ricevuti dal Consiglio d'Europa, a introdurre nell'ordinamento italiano misure volte a rimuovere le conseguenze negative della violazione constatata nella vicenda processuale di *Dorigo* (v. Risoluzione ResDH(2004)13). Ad essa fece seguito la Risoluzione ResDH(2005)85, con cui venne nuovamente censurata l'inerzia del Governo italiano e richiamato "l'obbligo per tutte le autorità coinvolte di assicurare l'adozione di una specifica legislazione per il riesame del 'caso *Dorigo*' in sede nazionale". Per un commento sulla vicenda *Dorigo* v. A. ATTERITANO, *op. cit.*; A. CIAMPI, *Processo non equo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 793 ss.; S. DORIGO, P. PUSTORINO, *Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e revisione dei processi penali: la Corte Costituzionale e il caso Dorigo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 85 ss.

³⁸ Cassazione penale, Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, par. 8.

³⁹ *Ivi*, par. 6.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

Sul medesimo caso *Dorigo*, a causa della costante inerzia del legislatore, è intervenuta la Corte costituzionale⁴² con un intervento additivo perché “posta dinanzi a un *vulnus* costituzionale – non sanabile in via interpretativa – ”⁴³. Nel caso di acclarata violazione dei principi dell’equo processo, la Corte costituzionale osserva che una misura di carattere patrimoniale non è di per sé sufficiente, poiché solo la riapertura del processo rappresenta la misura più idonea per garantire la *restitutio in integrum* della vittima che ha subito la violazione e per la *conformazione* a una sentenza definitiva della Corte europea⁴⁴. La sentenza della Corte costituzionale ha introdotto, così, con un’interpretazione manipolativa-additiva, l’istituto della revisione europea che legittima il giudice nazionale a dare esecuzione alle sentenze della Corte europea tramite la “riapertura” del processo tutelando i diritti di chi abbia subito una violazione procedurale. Ad ogni modo, la Corte costituzionale precisa che l’istituto della revisione sarà realizzata secondo le indicazioni contenute nella sentenza (europea)⁴⁵. Le affermazioni della Corte potrebbero far sorgere il dubbio se lo strumento in parola possa estendersi anche ai non ricorrenti che si trovino nell’identica condizione o se al contrario debba essere limitato al ricorrente⁴⁶.

Una terza pronuncia rilevante in argomento, infine, è stata resa nella vicenda *Drassich*⁴⁷. La Corte europea ha accertato la violazione del diritto ad un equo processo *ex art. 6 CEDU*, poiché l’imputato non era stato informato della natura e dei motivi della riqualificazione dell’accusa formulata a suo carico e “*encore moins, qu’il eut l’occasion de débattre contradictoirement la nouvelle accusation*”⁴⁸; pertanto ritiene che la riapertura del processo o la rinnovazione dello stesso, “(...) représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée”⁴⁹.

⁴² Corte cost., sentenza del 7 aprile del 2011, n. 113, in cui dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p. per contrasto con l’art. 117 Cost., in relazione all’art. 6 CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza di condanna al fine di consentire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea.

⁴³ *Ivi*, par. 8. Nonostante l’indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, la Corte cost. ritiene che “non può [considerarsi] contraria al dettato costituzionale la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi, in presenza di compromissioni di particolare pregnanza - quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo - delle garanzie previste dall’art. 6 Conv. eur e dell’art. 111 Cost.”.

⁴⁴ *Ivi*, paragrafi 4 e 8.

⁴⁵ *Ivi*, par. 8.

⁴⁶ Sul punto si veda Cassazione penale, Sez. VI, sentenza del 23 settembre 2014, n. 46067, par. 4, che delimita l’ambito di operatività della nuova ipotesi di revisione all’ipotesi in cui sulla medesima vicenda oggetto del processo sia intervenuta una pronuncia irrevocabile della Corte europea e rispetto alla quale sia necessario adeguarsi. Secondo la Corte, infatti, l’istituto in parola è strumento straordinario di impugnazione attivabile nei casi tassativamente previsti per esigenze di giustizia sostanziale.

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza dell’11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, ric. n. 25575/04.

⁴⁸ *Ivi*, par. 36. Nel caso di specie, la Corte di cassazione aveva respinto il ricorso dell’imputato con il quale eccepiva l’intervenuta prescrizione del reato per come qualificato e contestato nei precedenti gradi di giudizio. Il ricorso viene rigettato dalla Corte sulla base di una riqualificazione del fatto (originariamente) contestato all’imputato da corruzione propria a corruzione in atti giudiziari *ex art. 319 c.p.*, senza che di tale riqualificazione vi fosse menzione nel rinvio a giudizio e ne fosse data comunicazione all’imputato. Conclusioni e procedurale. o a Straburgo che abbia accertato ello strumento della “rudenza che hanno esteso oltre i limiti indi

⁴⁹ *Ivi*, par. 46. Il ricorrente presenta istanza *ex art. 625 bis c.p.p.* (ricorso straordinario per la correzione dell’errore di fatto contenuto nella sentenza di condanna) che viene rigettata sia in appello che in Cassa-

Sul piano dell'esecuzione della sentenza europea la Corte di cassazione⁵⁰ afferma una diversa tesi. Ritiene che in caso di inosservanza delle disposizioni della CEDU è di per sé sufficiente il ricorso al rimedio previsto dal codice di procedura penale per la correzione dell'errore di fatto contenuto in una sentenza di condanna (art. 625 *bis* c.p.p.). In tal modo è possibile reimmettere l'interessato in una situazione equivalente a quella nella quale si sarebbe trovato se non vi fosse stata l'inadempimento della CEDU⁵¹. Attraverso tale strumento, infatti, è possibile rimediare a eventuali "difetti" verificatosi nel giudizio di legittimità⁵². La Suprema Corte non ha fatto ricorso allo strumento della revisione europea ma ha utilizzato l'istituto processuale esistente per far fronte all'inerzia del legislatore e rimediare alla violazione subita dalla vittima. Anche la pronuncia in parola, dunque, è indice di una tendenza a sostituirsi al legislatore in mancanza di meccanismi *ad hoc* per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea.

Ebbene, in base alla giurisprudenza sin qui commentata sui casi *Somogy, Dorigo* e *Drassich*, la revisione del processo rappresenta uno strumento (anche se solo *possibile* per la vicenda *Drassich*) per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea che abbiano accertato una violazione di tipo procedurale.

4. Anche nel caso di violazioni sostanziali, si pone la questione di valutare gli effetti di un giudicato divenuto illegittimo a seguito di una pronuncia della Corte europea. Recenti decisioni della giurisprudenza italiana sono orientate nel senso di superare il principio cardine dell'intangibilità del giudicato.

Nel caso *Scoppola*⁵³, la Corte europea ha condannato lo Stato italiano alla ride-terminazione del trattamento sanzionatorio tramite la sostituzione della pena dell'ergastolo con una pena più mite per accertata violazione degli articoli 6 e 7 CEDU⁵⁴. In tale sentenza, la Corte europea ha disposto l'adozione di una misura individuale a favore del ricorrente senza indicare le misure generali idonee all'esecuzione della sentenza⁵⁵. Nella motivazione è ribadita più volte la differenza di attuazione dell'obbligo di esecuzione dello Stato italiano, a seconda della natura sostanziale o procedurale della violazione. Se la norma di diritto interno contiene disposizioni di diritto penale materiale, può essere definita "legge penale" rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU⁵⁶ con conseguente obbligo dello Stato convenuto di assicurare la sostituzione della pena già inflitta con una pena conforme "(...) aux

zione. La difesa, così, a seguito dell'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., domanda la revisione del processo.

⁵⁰ Cassazione penale, sentenza del 12 settembre 2013, n. 37413.

⁵¹ In particolare la Corte rileva che non è necessaria la riapertura del processo poiché il ricorrente aveva domandato di "rescindere la sentenza resa all'esito di un giudizio di legittimità iniquo e di eliminare l'anomalia già individuata e definita, mettendo in condizione l'imputato e la sua difesa di esercitare il diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto" (par. 2).

⁵² La Corte, così, dispone una nuova trattazione del ricorso che si è conclusa confermando la nuova qualificazione giuridica del fatto previa contestazione di essa al difensore dell'imputato.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, sentenza del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2), ric. n. 10249/03.

⁵⁴ *Ivi*, par. 150. Nella specie si trattava di una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta.

⁵⁵ *Ivi*, par. 149.

⁵⁶ *Ivi*, par. 80.

principes énoncés dans le présent arrêt”⁵⁷. Al contrario, quando vi sia stata violazione procedurale *ex art. 6 CEDU*, la riparazione più adeguata consisterebbe “à faire rejurer” il ricorrente⁵⁸.

In attuazione della sentenza *Scoppola*, la Corte di cassazione⁵⁹ ha statuito sull’iniquità del trattamento sanzionatorio inflitto al condannato e ha rideterminato la pena⁶⁰. In forza degli obblighi convenzionali, sussiste da un lato “il diritto, [per il ricorrente], a una modifica della pena da determinare secondo la legalità della Convenzione; dall’altro l’obbligo, per lo Stato, (...) di rideterminare la pena allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturite dalla violazione accertata”. Pertanto, la Corte attribuisce preminenza agli obblighi convenzionali piuttosto che al principio (di altrettanta rilevanza costituzionale) dell’intangibilità del giudicato secondo cui una decisione già divenuta definitiva non è suscettibile di essere messa in discussione in virtù del principio di certezza del diritto. Inoltre, la Corte sottolinea che la rideterminazione della pena inflitta, per il tramite dell’incidente di esecuzione, è di per sé sufficiente a conferire adeguata tutela al ricorrente e conformare l’ordinamento interno agli obblighi *ex art. 46 CEDU*. Al fine di garantire la *restitutio in integrum*, infatti, non è necessaria la riapertura del processo e una rinnovazione dello stesso, quando sia stata accertata una violazione di ordine sostanziale (e non un *error in procedendo*).

Uguualmente, nel caso *Contrada*, la Corte europea⁶¹ ha constatato l’illegittimità convenzionale *ex art. 7 CEDU* della condanna subita dal ricorrente a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa, poiché fondata su una base legale non sufficientemente chiara e prevedibile⁶², obbligando lo Stato convenuto al pagamento di una somma di denaro da versare al ricorrente (art. 41 CEDU). In attuazione della

⁵⁷ *Ivi*, par. 154 e dispositivo, punto 6, lett. a).

⁵⁸ *Ivi*, par. 150. In particolare, secondo la Corte qualora la norma nazionale abbia ad oggetto la *determinazione della pena* e non la sua *procedura di esecuzione* (come nel caso di specie) deve essere considerata come una norma di diritto penale materiale che ricade, dunque, nel campo di applicazione dell’art. 7 CEDU. A ben vedere, infatti “the rules on retrospectiveness set out in Article 7 of the Convention apply only to provisions defining offences and the penalties for them (...)”. Per quanto concerne, poi, le misure per rimediare alla violazione accertata dalla Corte europea, questa ritiene che “(...) the respondent State is responsible for ensuring that the applicant’s sentence of life imprisonment is replaced by a penalty consistent with the principles set out in the present judgment, which is a sentence not exceeding thirty years’ imprisonment”. Diversamente, la Corte ricorda che, in molte cause nelle quali aveva concluso per la violazione dell’art. 6 CEDU, “(...) in principle the most appropriate remedy would be for the applicant to be given a retrial without delay if he or she so requested”.

⁵⁹ Cassazione penale, Sez. V, sentenza dell’11 febbraio 2010, n. 16507, adita con ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*

⁶⁰ La Corte, pur affermando la piena conformità alla normativa vigente della sostituzione della pena ad opera del giudice dell’esecuzione ha voluto evitare tale fase ulteriore in ragione “(...) dell’estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell’esigenza di dare immediato riconoscimento all’efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni europee” e soprattutto in ragione del principio di economia dei mezzi processuali.

⁶¹ Sentenza del 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), ric. n. 66655/13.

⁶² L’art. 7 CEDU, infatti, sancisce, in maniera più generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene in base al quale la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. La chiarezza del dato normativo è strettamente connessa alla prevedibilità ovvero alla “sufficiente precisione” nella tecnica di formulazione della norma incriminatrice. Il principio di legalità, infatti, può dirsi rispettato solo qualora i reati e le pene abbiano una base legale sufficientemente chiara e prevedibile ovvero siano descritti da una norma con precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta.

sentenza della Corte europea, la Corte di cassazione⁶³ annullava la decisione definitiva di condanna, passata in giudicato, in quanto non suscettibile di esecuzione né produttiva di ulteriori effetti penali. Di conseguenza è spettato al giudice dell'esecuzione rimuovere le conseguenze della sentenza di condanna⁶⁴. Secondo la Suprema Corte, l'obbligo dei giudici italiani di conformarsi alla decisione della Corte europea "limitatamente al caso in cui si controverte, non può essere messo in discussione"⁶⁵ poiché le sentenze definitive della Corte europea "sono immediatamente produttive di diritti e obblighi nei confronti delle parti in causa"⁶⁶. Ancora una volta, la Corte considera prevalenti gli obblighi convenzionali rispetto "all'avvenuto esaurimento del rapporto giurisdizionale conseguente al fatto che il ricorrente ha interamente scontato la pena principale". È necessario, infatti, tenere conto di tutti gli "(...) effetti ulteriori rispetto a quelli connessi all'esecuzione della pena principale dei quali occorre dichiarare l'improduttività"⁶⁷. Nei confronti del ricorrente, dunque, lo strumento attraverso cui dare esecuzione alla pronuncia resa è l'incidente di esecuzione (anche se essa stessa annulla senza rinvio e dichiara inesequibile e improduttiva di effetti penali la sentenza). Tuttavia, la Corte quando afferma che l'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte europea sussiste solo per il ricorrente in questione e "limitatamente al caso in cui si controverte" sembrerebbe escludere l'estensione di tali principi nei confronti dei non-ricorrenti che si trovano nell'identica condizione sostanziale del ricorrente (anch'essi condannati per concorso esterno in associazione mafiosa).

Tale orientamento sfavorevole ai non-ricorrenti si consoliderà nella giurisprudenza della Corte di cassazione⁶⁸.

5. La questione del riconoscimento, alle sentenze della Corte europea, del valore di *res iudicata* e *interpretata* "oltre il caso deciso", è preliminare alla possibilità di modificare il giudicato nazionale reso nei confronti dei non-ricorrenti che si trovino in una situazione, in fatto e in diritto, analoga o identica al ricorrente.

Nell'ordinamento italiano, la questione in parola si è posta nella vicenda *Ercolano*⁶⁹ sulla quale si è sviluppata una significativa giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte costituzionale.

Si veda, tra tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, sentenza 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42759/09, paragrafi 77-80.

⁶³ Cassazione penale, Sez. I, sentenza del 6 luglio 2017, n. 43112.

⁶⁴ *Ivi*, par. 5.

⁶⁵ *Ivi*, par. 4.

⁶⁶ *Ibidem*. A tal proposito, la Corte richiama il precedente orientamento reso sul caso *Dorigo* (Cassazione penale, Sez. I, sentenza del 1° dicembre 2006, n. 2800).

⁶⁷ Sentenza n. 43112/2017.

⁶⁸ *Infra*, par. 6.

⁶⁹ In forza della sopravvenuta modifica legislativa dell'art. 442 c.p.p. (che consentiva di poter domandare l'accesso al rito abbreviato), il sig. Ercolano proponeva ricorso avverso la sentenza di primo grado affinché la normativa sopravvenuta, in quanto più favorevole, potesse retroagire in forza dell'innovativa interpretazione dell'art. 7 CEDU resa nel caso *Scoppola*.

6. Il primo atto della vicenda *Ercolano* è costituito dall'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale da parte della Corte di cassazione⁷⁰ che non ritiene possibile un'interpretazione "convenzionalmente orientata" della normativa interna. In tale ordinanza, le Sezioni Unite richiamano la questione del bilanciamento degli opposti valori in gioco: da un lato, il principio di certezza del diritto, corollario dell'intangibilità del giudicato; dall'altro, gli obblighi di matrice convenzionale specialmente quando coinvolgono valori di rilevanza costituzionale⁷¹. Secondo la Corte, il rispetto degli obblighi convenzionali non richiede un ricorso *ad hoc* al giudice europeo a fronte del giudicato che non "può essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale" (par. 2). Al riguardo, la Cassazione ritiene prevalente la garanzia dei diritti fondamentali, come la libertà personale, rispetto al valore della certezza del giudicato.

Tali affermazioni della Cassazione sull'incidenza delle sentenze europee appaiono di grande rilievo poiché modificano precedenti orientamenti giurisprudenziali⁷² volti a sottolineare il ruolo della Corte europea quale "giudice del caso concreto" contrassegnato dalle peculiarità del caso di specie (metodo casistico). In senso innovativo, tale orientamento sembra estendere gli effetti delle sentenze europee "oltre il caso concreto".

L'orientamento in parola è però determinato e, forse, circoscrivibile alla fattispecie di una sentenza-pilota (anche se non in senso formale) che evidenzia, dunque, l'esistenza di un problema strutturale⁷³. Al riguardo, la Corte di cassazione sottolinea che la sentenza *Scoppola*, in quanto "decisione di ampio respiro", enuncia "regole di giudizio di portata generale" come tali astrattamente applicabili a tutti i condannati che si trovano nell'identica situazione e produce "un effetto vincolante per la soluzione di casi identici"⁷⁴. Per tale motivo, sussiste l'obbligo di estendere i principi resi in tale sentenza "nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo"⁷⁵. La situazione del non-ricorrente, infatti, sarebbe sostanzialmente sovrapponibile alla situazione del ricorrente⁷⁶. Tuttavia, l'i-

⁷⁰ Cassazione, SS. UU., ordinanza del 19 aprile 2012, n. 34472, con cui sollevano questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del D.L. n. 341/2000 per contrasto con l'art. 3 e 117, co.1, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU.

⁷¹ Tra tutti si veda F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012.

⁷² Tra tutte si vedano Cassazione penale, Sez. I, sentenza 27 maggio 2011, n. 25280, *El Magharpil ed altri*; Corte cost., sentenza 28 novembre 2012, n. 264, par. 5.3.

⁷³ Cassazione, SS. UU., ordinanza del 19 aprile 2012, n. 34472 paragrafi 2 e 3. La Corte osserva infatti che "la sentenza della Corte EDU (...), *Scoppola c. Italia*, che viene in rilievo nel caso in esame, presenta i connotati sostanziali di una 'sentenza pilota', in quanto, pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenzia comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di un problema strutturale".

⁷⁴ *Ivi*, par. 4.

⁷⁵ *Ivi*, par. 3.

⁷⁶ Nel caso di specie il non-ricorrente *Ercolano* ha subito una violazione dell'art. 7 CEDU essendogli stata inflitta la pena dell'ergastolo, anziché quella di trent'anni di reclusione.

doneità a produrre effetti anche a favore dei non-ricorrenti riguarda esclusivamente coloro che si trovano in un'identica condizione sostanziale⁷⁷.

In ogni caso, la Corte ritiene non praticabile la via dell'interpretazione conforme della normativa nazionale all'art. 7 CEDU, che vieta la retroattività della legge penale più sfavorevole (salvo i casi di leggi di interpretazione autentica)⁷⁸. Secondo il noto schema delle sentenze gemelle (n. 348 e 349/2007)⁷⁹, rimette alla Corte costituzionale il giudizio sul conflitto tra la normativa nazionale e l'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla sentenza *Scoppola* nel rispetto del parametro dell'art. 117, co. 1, Cost.

La sentenza della Cassazione si presta ad alcune critiche. Come abbiamo detto, il ragionamento è basato sulla qualificazione, che non convince del tutto, della sentenza *Scoppola* come sentenza-pilota. Basti ricordare che la Corte europea ha precisato che “en la présente espèce, (...) n'estime pas nécessaire d'indiquer des mesures générales qui s'imposeraient au niveau national dans le cadre de l'exécution du présent arrêt”⁸⁰.

Invece, gli effetti della sentenza in parola sono piuttosto riconducibili all'enunciazione di principi innovativi e di carattere generale sull'interpretazione dell'art. 7 CEDU, estendendo il principio di legalità in materia penale anche alla retroattività della *lex mitior*⁸¹. Tale innovativa interpretazione non può essere limitata al caso di specie ma, in quanto *res interpretata*, è vincolante per tutti gli Stati parte.

Infine, specifica rilevanza assume la natura sostanziale della violazione constatata. Pertanto, deve ritenersi che tale violazione “è stata subita dal ricorrente principale e anche da tutti coloro ai quali la norma censurata sia stata applicata”⁸² e dovrebbe trovare rimedio, in sede esecutiva, tramite la rideterminazione del trattamento sanzionatorio. Al contrario, nell'ipotesi di violazioni processuali, potrebbe essere necessaria una nuova sentenza vincolante della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie⁸³.

Per concludere, si può trarre un orientamento generale della giurisprudenza di legittimità: il giudizio circa la violazione di carattere processuale è inevitabilmente legato alle circostanze del caso concreto a differenza del caso di accertamento di una

⁷⁷ *Ivi*, par. 3. E in effetti, anche al non-ricorrente è stata negata l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole e ha subito una lesione cui è bene rimediare pena, altrimenti, una disparità di trattamento “tra condannati che versano in identica posizione”. Anche nel caso *Ercolano*, dunque, così come nel caso *Scoppola*, sarà necessario rimediare alla violazione contestata tramite la rideterminazione di una pena legittima ai sensi della Convenzione.

⁷⁸ *Ivi*, par. 5. La normativa nazionale avrebbe natura innovativa e non d'interpretazione autentica sicché produrrebbe effetti retroattivi *in malam partem* in contrasto con l'art. 7 CEDU.

⁷⁹ Per un commento alle sentenze in parola si vedano, tra gli altri, M. CASTELLANETA, *Certo il primato dei principi costituzionali*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 44, p. 59 ss.; A. SACCUCCI, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117, comma 1, Cost: un passo avanti, due indietro?*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2007, p. 26 ss.; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, *ivi*, 2008, p. 46 ss.

⁸⁰ Sentenza *Scoppola*, par. 149.

⁸¹ F. VIGANÒ, *op. cit.*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ In tal senso si veda la c.d. “clausola *Oçalan*” dall'omonima sentenza già cit., par. 210, e la sentenza *Verein gegen Tierfabriken Vgt* (n. 2).

incompatibilità della normativa interna con un principio convenzionale di ordine sostanziale, come quello di cui all'art. 7 CEDU.

7. A seguito dell'ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale⁸⁴ dichiara l'illegittimità della norma interna⁸⁵ per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU così come interpretato nel caso *Scoppola*. Con la pronuncia in parola, si apre la strada alla modifica dei giudicati penali di condanna nei confronti di tutti coloro che si trovano in una situazione analoga a quella del ricorrente. Si determina così, un obbligo per i giudici nazionali di ricalcolare la pena anche per i non-ricorrenti.

La Consulta chiarisce che la sentenza *Scoppola* si distacca dal modello delle sentenze-pilota. Infatti, "(...) il contenuto rilevante della sentenza ha una portata più ampia di quella che, per quanto concerne specificamente la violazione riscontrata, emerge dal dispositivo"⁸⁶. Secondo la Corte è possibile un'estensione dell'efficacia della sentenza europea a prescindere dalla circostanza che nel contesto interno si ravvisi un problema di "carattere strutturale e non-isolato". Pertanto statuisce che la sentenza *Scoppola* obbliga lo Stato italiano "a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di *Scoppola*"⁸⁷.

In ogni caso, secondo il parere della Consulta, il "giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile"⁸⁸, come invece accade di regola qualora gli effetti dell'obbligo conformativo siano limitati *ai soli casi sub iudice* o oggetto di specifica pronuncia in sede europea⁸⁹. Il giudicato penale di condanna, dunque, può e deve essere modificato dal giudice dell'esecuzione, così da assicurare l'adeguamento della pena ai principi statuiti dalla Corte di Strasburgo.

Ebbene, la Corte costituzionale considera rilevante la questione di legittimità sollevata poiché si tratta di "applicare una decisione della Corte europea *in materia sostanziale* [corsivo nostro], relativa a un caso che [è] identico a quello deciso"⁹⁰. Motivo per cui è sufficiente procedere alla sostituzione della pena irrogata con quella conforme alla CEDU senza necessità di riaprire il processo tramite l'istituto della revisione⁹¹.

Diversamente, nell'ipotesi in cui sia stata inflitta una pena convenzionalmente illegale (a seguito di un giudizio nazionale ritenuto non equo dalla Corte europea) il giudicato richiede una nuova decisione europea vincolante che si pronunci al riguardo⁹².

⁸⁴ Sentenza del 3 luglio 2013, n. 210.

⁸⁵ Art. 7 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, recante "Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia", convertito con modificazioni dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4.

⁸⁶ Corte cost., sentenza del 3 luglio 2013, n. 210, par. 7.2.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Par. 7.3.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Par. 8.

⁹² *Ibidem*.

8. Dopo la pronuncia di legittimità costituzionale, la Cassazione riassume la causa⁹³ per decidere se il giudicato nazionale nei confronti di un non-ricorrente possa essere direttamente modificato tramite la rideterminazione del trattamento sanzionatorio.

A tal fine, la Corte di cassazione si trova a dover stabilire la portata delle sentenze della Corte europea ovvero se, e a quali condizioni, sia possibile l'eventuale estensione degli effetti anche ai non-ricorrenti. Nulla esclude che la sentenza della Corte europea sia "astrattamente applicabile a fattispecie *identiche a quella esaminata* data la sua portata di più ampio respiro che andrebbe oltre il caso specifico enunciando regole di portata generale"⁹⁴. La Corte europea, pur non avendo emesso una "sentenza pilota" *in senso proprio*, non si sarebbe limitata ad imporre allo Stato italiano l'obbligo di rideterminare il trattamento sanzionatorio in capo al ricorrente bensì anche "a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che versano nelle medesime condizioni"⁹⁵. Pur in presenza di un giudicato nazionale, il significato del principio di legalità: "(...) impone alla giurisdizione - in forza dell'art. 46 CEDU (...) - di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile"⁹⁶, poiché in contrasto con l'art. 7 CEDU. Gli effetti di una sentenza nazionale passata in giudicato (e, in particolare, la pena la cui esecuzione è convenzionalmente illegittima) "devono necessariamente essere rimossi anche nei confronti di coloro la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella di Scoppola, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo"⁹⁷.

Al termine della motivazione, le Sezioni Unite elencano le condizioni in presenza delle quali è possibile superare il giudicato e rideterminare la pena inflitta attraverso lo strumento dell'incidente di esecuzione anche nei confronti dei non-ricorrenti⁹⁸.

In primo luogo, è necessario che le situazioni in cui si trovano il ricorrente e il non-ricorrente siano sovrapponibili, affinché il principio reso dalla Corte europea, su un caso specifico, sia concretamente estendibile a un caso analogo.

In secondo luogo, la sentenza della Corte europea deve aver rilevato "un vizio strutturale della normativa interna sostanziale"⁹⁹ e avere "un'effettiva e obiettiva portata generale", pur non dovendo costituire una "sentenza pilota" poiché è sufficiente che individui la "criticità sistemica" a cui lo Stato deve necessariamente rimediare¹⁰⁰.

La terza condizione consiste nell'interpretazione convenzionalmente conforme della normativa interna. Altrimenti dovrà procedersi alla declaratoria di illegittimità

⁹³ Cassazione, SS. UU., sentenza del 7 maggio 2014, n. 18821, *Ercolano*.

⁹⁴ *Ivi*, par. 3.1 (corsivo aggiunto).

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ivi*, par. 3.2.

⁹⁸ *Ivi*, par. 9.3.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ivi*, par. 3.1. Sembra che, insomma, che la Cassazione confermi l'orientamento, già anticipato in altre decisioni, secondo cui l'accertamento di una violazione sostanziale ha una portata generale e lo Stato è "obbligato a por[vi] riparo (...) e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che versano nelle medesime condizioni del ricorrente".

costituzionale¹⁰¹, perché il giudice dell'esecuzione non è legittimato a procedere direttamente alla modifica della pena.

Infine, la quarta condizione è quella secondo cui l'intervento sul giudicato nazionale non deve presentare "alcun contenuto discrezionale". Il giudice interno, infatti, deve limitarsi ad applicare il precetto già identificato in sede europea, risolvendosi il suo intervento in "un'operazione sostanzialmente ricognitiva" senza che, tra l'altro, sia necessaria la riapertura del processo. Qualora, dunque, all'esito del giudizio europeo, residuino dei margini di discrezionalità sul giudice nazionale per la rideterminazione del trattamento sanzionatorio, i non-ricorrenti non potranno ottenere un intervento del giudice dell'esecuzione¹⁰². Ebbene in tale ipotesi, l'unica soluzione possibile, per far valere i loro diritti lesi, sarebbe quella di adire la Corte europea per ottenere una nuova sentenza *ad hoc*.

9. L'efficacia delle sentenze della Corte europea "oltre il caso deciso" ha riguardato l'estensione dei principi interpretativi ricavabili dalla sentenza *Conrada* ai non-ricorrenti in analoga situazione giuridica.

Nel caso *Dell'Utri*, la Corte di cassazione¹⁰³ nega una tutela in via esecutiva (contrariamente a quanto deciso nel caso *Scoppola/Ercolano*) per due ordini di motivi. In primo luogo, la rideterminazione del trattamento sanzionatorio non è una conseguenza diretta di una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna in contrasto con la CEDU¹⁰⁴. In secondo luogo, il ricorso all'incidente di esecuzione ha portata residuale nei casi in cui la modifica del giudicato nazionale (in attuazione della sentenza della Corte europea) sia già predeterminata nei suoi contenuti essenziali e non richieda un intervento discrezionale del giudice nazionale¹⁰⁵.

Ciò che appare più rilevante di tale pronuncia è l'affermazione che la "revisione europea" costituisce il "principale canale di adeguamento dell'ordinamento interno ai contenuti delle decisioni emesse dalla Corte europea sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6) che in rapporto a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art. 7 cui non seguano conseguenze obbligate o predeterminate da altre norme applicabili al caso oggetto di previo giudizio"¹⁰⁶.

La decisione della Cassazione è innovativa sia rispetto alla sentenza della Corte costituzionale n. 113/2011 che sembrerebbe escludere il rimedio della revisione europea ai non-ricorrenti¹⁰⁷ sia alla sentenza della Corte costituzionale n. 210/2013, che distingue, in ordine ai rimedi, tra violazione processuale e sostanziale. Infatti,

¹⁰¹ *Ivi*, par. 9.3.

¹⁰² Né tantomeno sarebbe possibile optare per il meccanismo della revisione europea che, secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte cost. n. 113/11, sembrerebbe esperibile solo da parte del ricorrente che ha ottenuto sentenza favorevole a Strasburgo.

¹⁰³ Cassazione penale, Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, *Dell'Utri*.

¹⁰⁴ Come nel caso *Scoppola*, par. 5 ss.

¹⁰⁵ Come hanno osservato le stesse Sezioni Unite sul caso *Ercolano*, par. 5c.

¹⁰⁶ Nel caso *Dell'Utri*, l'intervento che si richiederebbe al giudice dell'esecuzione non imporrebbe una modifica del giudicato a "rime obbligate", poiché l'accertamento contenuto nella sentenza *Conrada* ha ad oggetto un vizio di prevedibilità della sanzione che imporrebbe, dunque, un intervento necessariamente discrezionale del giudice. Per tale motivo, il rimedio più consono, "in linea teorica", sarebbe quello della revisione; v. par. 3.4.

¹⁰⁷ L'orientamento della Cassazione è innovativo anche rispetto alla giurisprudenza precedente (sentenze del 23 settembre 2014, n. 46067, e del 7 settembre 2017, n. 40889) che ha negato l'estensione

la Cassazione condiziona l'applicazione della "revisione europea" a due ulteriori presupposti: la sostanziale identità del caso e la portata generale della violazione accertata. Nello specifico caso, la Corte esclude nel par. 4.1., da un lato, la sussistenza di un'"identità giuridica e processuale" tra la situazione in cui si trova il ricorrente *Contrada* e quella del non-ricorrente *Dell'Utri*¹⁰⁸. Dall'altro, la Cassazione sostiene che la sentenza europea nel caso *Contrada* è espressione di un orientamento giurisprudenziale consolidato (requisito introdotto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015¹⁰⁹ ai fini della vincolatività delle sentenze europee)¹¹⁰. Con ciò includendo anche l'orientamento giurisprudenziale nella nozione in senso sostanziale di legge che deve essere dotata dei requisiti di accessibilità e prevedibilità.

Tuttavia ritiene che l'assenza di una sentenza europea a favore di *Dell'Utri* rende libero l'interprete di analizzare sia la condotta processuale di quest'ultimo (non ancora oggetto di accertamento in sede europea) sia i contenuti della decisione emessa dalla Corte europea sul caso *Contrada*¹¹¹.

10. In conclusione, è bene ricordare che la possibile estensione delle sentenze europee "oltre il caso deciso" si è posta anche con riferimento al caso *Drassich* a seguito dell'accertamento di una violazione procedurale. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito se i non-ricorrenti (al pari del ricorrente *Drassich*) potessero ricorrere allo strumento della revisione europea per rimediare all'*error in procedendo*.

La Corte di cassazione¹¹² ha risposto negativamente ed ha escluso che il giudicato nazionale possa essere messo in discussione in assenza di un *dictum* vincolante

della revisione europea ai non-ricorrenti poiché è necessaria una sentenza irrevocabile della Corte europea a cui dover dare esecuzione.

¹⁰⁸ Invero, nonostante entrambi i soggetti siano stati condannati in via definitiva per concorso esterno in associazione mafiosa, è bene considerare, al fine di ritenere sussistente un *deficit* di prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta, la "concreta vicenda processuale, la condizione soggettiva dell'imputato al momento del fatto, le modalità di esercizio del diritto di difesa della persona accusata durante il giudizio interno". Sul punto si veda S. BERARDI, *I fratelli minori di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 273 ss., secondo cui "il tentativo della Suprema Corte di evitare un'estensione *erga omnes* dei principi affermati dalla sentenza *Contrada* in ragione di un poco convincente *distinguishing* rispetto alla situazione del ricorrente, senza però spingersi fino a un confronto diretto con i giudici di Strasburgo, non può, a nostro parere, ritenersi soddisfacente".

¹⁰⁹ Per un commento alla sentenza si rinvia a 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 *SIDIBlog*, 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, *ivi*.

¹¹⁰ Par. 4.1. Si vedano, *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92; del 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02; GC, del 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

¹¹¹ Par. 4.2. In senso critico si veda S. BERARDI, *op. cit.*; si veda anche M. T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada*, in *Cassazione penale*, 12/2015, p. 4622, secondo cui, qualora il principio di diritto enunciato dalla Corte europea sia espressione di una *giurisprudenza consolidata*, il giudice nazionale è vincolato a darvi esecuzione non solo "nei processi in corso o sopravvenuti rispetto alla pronuncia stessa ma altresì e a maggior ragione nei casi che, al momento dell'intervento dei giudici europei, risultino già coperti dal giudicato".

¹¹² Cassazione penale, sentenza del 20 giugno 2017, n. 40889. Dinanzi alla Corte l'imputato, già condannato in via definitiva, ha domandato l'applicazione dei principi enunciati nel caso *Drassich* e

della Corte europea sul caso di specie. La revisione europea, quale “rimedio esecutivo finalizzato all’emenda di vizi procedurali che contrastano con la CEDU” non può essere utilizzato “in casi analoghi connotati da un medesimo vizio procedurale che non sia stato, tuttavia, oggetto di una specifica sentenza della Corte europea”¹¹³. Secondo la Corte di cassazione: i principi di certezza del diritto e di intangibilità del giudicato a difesa di situazioni processuali già esaurite non possono “vacillare in relazione alle sentenze della Corte europea, espressive di un ‘diritto’ (in parte di matrice giurisprudenziale) di rango subcostituzionale, sottoposto esso stesso al controllo del Giudice delle Leggi”¹¹⁴. La Cassazione sostiene che le sentenze della Corte europea non possono incidere sulle situazioni già esaurite, al di fuori dei casi concretamente decisi dal giudice europeo¹¹⁵. Ciò in quanto le norme della CEDU e la sua giurisprudenza non hanno “efficacia diretta”, non essendo possibile per il giudice comune disapplicare la norma interna contrastante. La Corte ribadisce che dal diritto vivente di Strasburgo sorge solo un obbligo di previa interpretazione conforme (secondo le coordinate della sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015) e, nel caso in cui ciò non sia possibile, un obbligo di rinviare la questione alla Corte costituzionale.

In conclusione, ne consegue una restrizione della portata degli obblighi che discendono dall’art. 46 CEDU poiché l’adempimento di tali obblighi incontrerebbe un limite nel giudicato e nelle situazioni processualmente esaurite¹¹⁶ qualora le violazioni lamentate dai non-ricorrenti siano di tipo procedurale.

11. Dalle diverse pronunce esaminate risulta evidente la persistente inerzia del legislatore, a distanza di anni dal monito della Corte costituzionale (113/2011), nell’individuare il rimedio più efficace per ottemperare agli obblighi *ex art. 46 CEDU*. La giurisprudenza nazionale, pertanto, ha cercato di colmare il vuoto norma-

conseguentemente la revisione della sua sentenza di condanna, poiché il processo a suo carico si sarebbe svolto in violazione dell’art. 6 CEDU, ovvero senza il rispetto delle garanzie previste in materia di contraddittorio.

¹¹³ *Ivi*, paragrafi 1.3 e 1.6. Inoltre, secondo la Suprema Corte, un’interpretazione estensiva dell’istituto della revisione europea non sarebbe praticabile neppure qualora la sentenza della Corte europea, posta alla base dell’istanza di revisione, avesse natura di sentenza pilota. La Corte di cassazione, dunque, mostra di non condividere i precedenti orientamenti della giurisprudenza che hanno esteso l’istituto della revisione europea oltre i limiti indicati dalla stessa sentenza 113/2011 della Corte cost., “suggerendone l’utilizzo anche per la riapertura di processi coperti dal giudicato relativi a persone che non hanno proposto ricorso a Strasburgo”. Tra queste, si veda la ricostruzione operata dalla Cassazione nella sentenza *Dell’Utri*.

¹¹⁴ Sentenza n. 40889/2017.

¹¹⁵ *Ibidem*. La Corte precisa che la situazione del non-ricorrente Ercolano non è assimilabile a quella in esame. Nel caso di specie, infatti, si lamenta l’illegittimità di una pena che, poiché ancora in corso di esecuzione, non configura una situazione esaurita fino a quando non è stata definitivamente espiata. Gli stessi principi espressi dalle Sezioni Unite (Ercolano) possono operare solo al fine di ricondurre a legalità le pene ancora in corso di esecuzione senza poter incidere su situazioni processuali oramai coperte dal giudicato. Senza contare, prosegue la Corte, che nel caso Ercolano i non-ricorrenti hanno ottenuto la rideterminazione del trattamento sanzionatorio grazie all’intervento della Corte costituzionale che ha dichiarato l’incostituzionalità della normativa interna.

¹¹⁶ In tal senso si veda, S. BERARDI, *La Suprema Corte torna sui limiti di operabilità dello strumento della “revisione europea”: esclusa l’estensibilità ai “fratelli minori” del ricorrente vittorioso a Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 9, p. 181. Tuttavia la sentenza *Dell’Utri* richiede comunque la previa dichiarazione di illegittimità costituzionale.

tivo individuando gli strumenti di tutela per coloro che hanno subito una violazione dei diritti garantiti dalla CEDU.

A tal proposito le conclusioni appaiono diverse in relazione alle differenti posizioni dei: 1) ricorrenti vincitori-soddisfatti (Somogy, Drassich, Dorigo, Scoppola e Contrada); 2) ricorrenti vincitori-non soddisfatti (ipotesi prospettata dalla Corte europea nel caso *Moreira*); 3) non-ricorrenti a Strasburgo (Ercolano, Dell'Utri).

Con riferimento ai ricorrenti vincitori, si è già detto che la giurisprudenza nazionale ha individuato lo strumento di esecuzione delle sentenze della Corte europea nella riapertura del processo ovvero nell'incidente di esecuzione (con la rideterminazione del trattamento sanzionatorio), a seconda che la violazione cui occorre rimediare sia di tipo procedurale o sostanziale. Nei casi *Somogy, Drassich, Dorigo, Scoppola e Contrada*, i ricorrenti hanno ottenuto, sul piano nazionale, l'esecuzione della sentenza resa a Strasburgo e la loro pretesa è stata soddisfatta.

Diverso il caso dei ricorrenti vincitori ma non soddisfatti a causa della mancata adozione, sul piano nazionale, delle misure più consone per rimediare alla violazione constatata in sede europea. In tale ipotesi, il ricorrente insoddisfatto che si rivolge nuovamente alla Corte europea lamentando la mancata esecuzione della sentenza a lui favorevole vedrebbe opporsi un'inammissibilità del ricorso, in base al recente *self restraint* nel caso *Moreira Ferreira*. Secondo il parere della Grande Camera, infatti, il controllo sulle misure esecutive adottate dallo Stato condannato rientra nella competenza del Comitato dei Ministri, dovendosi escludere qualsiasi tipo di intervento da parte della Corte. Il che conduce, inevitabilmente, a privare il ricorrente di idonei strumenti di tutela, qualora il Comitato dei Ministri, organo politico competente, rimanga inerte dinanzi all'inadempimento dello Stato convenuto sull'esecuzione della sentenza resa (art. 46, co. 4)¹¹⁷.

Per quanto riguarda la posizione dei non-ricorrenti, un primo orientamento della giurisprudenza nazionale¹¹⁸ sembrerebbe aver equiparato, sul piano degli strumenti di tutela, la posizione del ricorrente e dei non-ricorrenti qualora la violazione accertata dalla Corte europea sia di tipo *sostanziale*. Il non-ricorrente, infatti, avrebbe il diritto di ottenere la rideterminazione del trattamento sanzionatorio (tramite l'incidente di esecuzione) in senso conforme a quanto stabilito dalla Corte europea grazie alla "tendenziale vocazione *erga omnes* delle violazioni sostanziali"¹¹⁹. Il rispetto degli obblighi convenzionali prescinderebbe da un intervento del giudice europeo sul caso concreto e da una decisione definitiva nazionale sulla quale sia sceso il giudicato¹²⁰. Il mancato ricorso a Strasburgo non può essere di ostacolo alla necessità di eliminare una situazione di "illegalità convenzionale anche nei confronti di coloro la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella del ricorrente"¹²¹. La sentenza resa dalla Corte europea (in un caso analogo), quindi, obbliga lo Stato a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovino nelle medesime condizioni. Tali conclusioni sono avvalorate, qualora sia necessario "applicare una decisione della Corte europea in *materia sostanziale*, relativa a un caso che sia

¹¹⁷ Sentenza *Moreira Ferreira*.

¹¹⁸ Cassazione e Corte cost.: vedi par. 5 ss.

¹¹⁹ G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁰ Sentenza *Ercolano*, par. 2.

¹²¹ *Ibidem*.

identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva”¹²². Della violazione di ordine sostanziale, infatti, è vittima non solo il ricorrente bensì anche tutti coloro a cui la norma censurata sia stata applicata, poiché essa può presentare un carattere di sistematicità all’interno dell’ordinamento che impone l’obbligo di rimuoverne le conseguenze negative in capo alla generalità di coloro che si trovano in analoga situazione (per il semplice fatto di aver subito tale violazione)¹²³.

Ebbene, a nostro avviso, è da condividere l’orientamento di parte della dottrina che riconosce alla giurisprudenza di Strasburgo, qualora sia accertata una violazione di ordine sostanziale, la possibilità di tutelare sia l’interesse individuale (di cui è titolare il ricorrente) sia l’interesse generale¹²⁴. La portata delle sentenze europee, dunque, è indubbiamente più ampia e ne obbliga l’esecuzione, in forza del combinato disposto degli articoli 1 e 46 CEDU, anche nei confronti di altre persone che si trovano nella stessa situazione dell’interessato¹²⁵.

Il secondo orientamento della giurisprudenza¹²⁶, invece, esclude che sia possibile dare esecuzione alle sentenze della Corte europea nei confronti dei non-ricorrenti in due fattispecie nelle quali l’unico strumento di tutela sarebbe quello di ricorrere alla Corte europea.

La prima fattispecie riguarda la mancanza di una delle condizioni dettate dalle Sezioni Unite¹²⁷ (necessarie per poter estendere la sentenza europea anche ai non-ricorrenti). In particolare, quando l’intervento del giudice dell’esecuzione non è un’operazione meramente ricognitiva del precetto reso a Strasburgo ma necessita di una rideterminazione discrezionale da parte del giudice nazionale che impone la riapertura del procedimento.

La seconda fattispecie si ha qualora la Corte europea abbia constatato una violazione di ordine procedurale il cui accertamento è necessariamente legato al caso di specie¹²⁸ e in cui la *restitutio in integrum* del condannato si identifica con la c.d. revisione europea ovvero con la riapertura del processo.

In entrambe le ipotesi, i non-ricorrenti sarebbero privi di tutela poiché la riapertura del processo (unico strumento possibile in tali casi) non è ad essi estendibile secondo l’orientamento della Corte costituzionale (sentenza n. 113/11)¹²⁹. Per essi,

¹²² *Ivi*, par. 7.1.

¹²³ G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 19; in senso analogo F. VIGANÒ, *op. cit.*

¹²⁴ Per interesse generale secondo P. PIRRONE, *Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss., ci si riferisce all’interesse di coloro che si trovano o possono trovarsi in una situazione analoga o identica a quella del ricorrente. In senso analogo si veda, E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1999, p. 247 ss., secondo cui tra gli scopi principali della giurisprudenza della Corte europea vi è quello di tutelare l’interesse generale più che quello individuale. Ciò sarebbe dimostrato dalla circostanza che tale obiettivo “ha spesso finito col collocare in ombra quello di garantire gli interessi individuali”.

¹²⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Scozzari*, par. 249; GC, sentenza del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorsi nn. 30562/04 e 30566/04, par. 134; sentenza dell’8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 83.

¹²⁶ Cassazione penale, sentenza *Dell’Utri*, par. 5.

¹²⁷ Sentenza *Ercolano*, par. 5c.

¹²⁸ Si vedano le sentenze *Verein gegen Tierfabriken Vgt* (n. 2) e *Oçalan*.

¹²⁹ Come già detto si è espressa in senso difforme la sentenza *Dell’Utri* che, oltre ad estendere il rimedio della revisione europea ai non-ricorrenti (subordinandolo all’accertamento in concreto di rigorose

dunque, l'unico strumento di tutela sarebbe rappresentato dal ricorso alla Corte europea su "nuovi aspetti" che non siano stati trattati nel giudizio reso nei confronti dei ricorrenti¹³⁰.

Ebbene, da quanto osservato emerge che lo sforzo della giurisprudenza di colmare l'assenza di uno strumento (normativo) attraverso cui dare esecuzione alle sentenze della Corte europea "oltre il caso deciso" differenzia gli strumenti processuali di tutela come avvenuto per i non-ricorrenti Ercolano e Dell'Utri¹³¹. In effetti, la tendenza è quella di rimettere alla discrezionalità dei giudici l'accertamento, caso per caso, delle condizioni in presenza delle quali il non-ricorrente ha diritto di ricevere una tutela giurisdizionale per la lesione dei suoi diritti.

Non è facile comprendere a rigor di logica per quale motivo gli obblighi convenzionali dovrebbero prevalere su decisioni già divenute definitive unicamente in presenza di una sentenza della Corte europea e non qualora una sentenza sul caso di specie manchi e ciò nonostante il non-ricorrente abbia subito, e continui a subire, una lesione dei suoi diritti fondamentali. Nel bilanciamento tra interessi dovrebbero prevalere i diritti inviolabili della libertà personale e della dignità dei singoli, rispetto al principio della certezza del diritto sotteso all'intangibilità dei giudicati nazionali.

Abstract

The Execution of the European Court of Human Rights Judgments *versus* Criminal Judgment: The Difference between Procedural and Substantive Violations

The nature, essentially declaratory, of the judgments of the European Court of Human Rights imposes on the respondent State the discretion to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention.

The Italian case-law has identified those means in a retrial without delay and in the replacing of the illegal penalty depending on whether the violation found from the Court is procedural or material.

condizioni), ha sostenuto che tale strumento resta il "principale" canale di adeguamento dell'ordinamento interno ai contenuti delle decisioni emesse dalla CEDU, sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6) che in rapporto a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art. 7. Le affermazioni della Suprema Corte, dunque, contrastano sia con i suoi precedenti (si veda il caso *Ercolano*) sia con la Corte cost. del 2011. Infine, negano, nel caso concreto, la sussistenza delle condizioni che consentono l'estensione del rimedio della revisione europea anche ai non-ricorrenti.

¹³⁰ Sentenza *Moreira Ferreira*.

¹³¹ Con riferimento a quest'ultimo, è bene precisare che è attesa nei prossimi mesi la decisione della Corte europea a cui Marcello Dell'Utri si è rivolto per ottenere autonoma tutela che gli era stata negata attraverso una prima richiesta, sul piano nazionale, di estensione dei principi resi nei confronti di Contrada, ric. n. 3800/15. Sul punto si veda la Communication de l'Italie concernant l'affaire CONTRADA n° 3 c. Italie (requête n° 66655/13) del 20 aprile 2018, DH-DD(2018)427, reperibile *online*.

The distinction between procedural and substantial violations is also important to define the status of those who did not file an appeal to the European Court in relation to the possible extension of the same tools available to the plaintiff to safeguard himself or herself.

Part of the national case-law tends to extend the scope of European judgments “beyond the specific case sentenced”, granting even to those who are not plaintiffs the same procedural tool that was granted to the plaintiff. Conversely, another part of the national case-law denies such value “erga omnes”, and forbids to the non-plaintiffs the use of similar tools to safeguard themselves.

Ginevra Greco*

Il diritto europeo dello sport, tra specificità, rilevanza economica e motivi imperativi di interesse generale

SOMMARIO: 1. Breve introduzione. – 2. La fase della separazione (o esenzione) e il *discrimen* tra questioni economiche e questioni tecnico-sportive. – 3. La fase dell'inclusione e l'analisi c.d. "caso per caso". – 4. Il valore sociale dello sport come motivo imperativo di interesse generale. – 5. Ritornando sul problema del rapporto tra ordinamenti.

1. Si è sempre parlato e si continua a parlare di "specificità" dello sport, per indicare una condizione che a sua volta giustifichi un qualche distacco del mondo sportivo e delle sue regole dall'ordinamento generale dello Stato e dell'Unione europea. Ma le ragioni e l'ampiezza di tale distacco risultano diverse, a seconda dei concetti presupposti e delle teorie accolte in ordine a istituti di portata generale. Secondo una nota – e per certi versi ancora prevalente – opzione interpretativa, lo sport darebbe luogo ad un ordinamento¹ separato da quello statale ed europeo.

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bergamo.

¹ In generale, con riguardo al tema del fenomeno sportivo e dell'ordinamento giuridico, senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano: F. CARNELUTTI, *Appunti sull'ordinamento giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 366; A. MARANI TORO, *Sport*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, 1971, p. 42 ss.; A. MARANI TORO, I. MARANI TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico statale*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1979, p. 29 ss.; R. PEREZ, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Studi in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, p. 507 ss.; R. FRASCAROLI, *Sport a) Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, p. 513 ss.; M. SANINO, *Sport*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, 1993; M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1996, p. 393 ss.; G. GUARINO, *Lo sport quale «formazione sociale» di carattere sovranazionale*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1997, p. 347 ss.; L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1998, p. 5 ss.; ID., *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999; C. MACRÌ, *Associazioni e società sportive*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 1998; F. FRACCHIA, *Sport*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, 1999, p. 467 ss.; C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il C.O.N.I. e la regolamentazione dello sport*, Milano, 2000; B. MARCHETTI, *Lo sport*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2000, p. 631 ss.; B. MARCHETTI, *Ordinamento sportivo*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, II, Milano, 2006, p. 479 ss.; L. GIACOMARDO, *I (difficili) rapporti tra l'ordinamento interno e l'ordinamento sportivo*, in *Diritto*

Ed infatti lo sport presenta proprie peculiarità, costituite anzitutto da una cospicua normativa tecnica, che sfugge agli interessi del legislatore, sia esso statale che europeo. Stabilire la lunghezza e l'ampiezza di un campo di calcio o di basket, la durata dei relativi incontri, le regole (talvolta sofisticate) del singolo sport (si pensi all'*off side* nel calcio, alla regola della "parata e risposta" nel fioretto, ecc.) appare davvero irrilevante per l'ordinamento generale.

Inoltre l'organizzazione dello sport, basata sul tesseramento dei singoli atleti presso società sportive riconosciute e organizzate in leghe e federazioni, secondo uno schema rigorosamente gerarchico, presenta indubbiamente caratteristiche proprie di un ordinamento autonomo, per non dire addirittura separato. Tale aspetto è vieppiù accentuato dalle organizzazioni internazionali dello sport, cui fanno capo quelle apicali di ogni singolo Stato: il complesso di tali strutture organizzative e la normativa che da esse promana richiamano indubbiamente aspetti significativi di un ordinamento originario (e non derivato da quello statale).

Ma la sussistenza o meno di un ordinamento autonomo, o addirittura separato, si saggia là dove vi siano interferenze con l'ordinamento generale (come nel campo penale, fiscale, giuslaboristico, ecc.). Perché la tesi della autonomia – e vieppiù quella della separatezza – dovrebbe portare ad escludere l'applicabilità *tout court* di tale disciplina generale (o, in subordine, a giustificare ampie deroghe rispetto a tale disciplina).

Il tema si è riproposto anche a livello di istituzioni comunitarie ed europee, ove l'importanza sempre crescente del fenomeno sportivo e del suo aspetto economico hanno presto portato ad individuare criticità sia rispetto alla tutela della concorrenza e delle sue regole, sia rispetto alle libertà fondamentali garantite dai Trattati. I quali, d'altra parte, hanno per lungo tempo omesso di fare il ben che minimo riferimento allo sport, così lasciando agli interpreti e, soprattutto, alla giurisprudenza della Corte di giustizia ogni onere al riguardo². Infatti, sin dagli anni settanta del secolo scorso si è proposto con gravità il problema della autonomia dello sport e di un eventuale trattamento derogatorio rispetto ad istituti generali, quali quelli sopra cennati: ed è stata subito chiara l'esclusione dell'opzione più radicale (quella, cioè, della separatezza assoluta dello sport dall'ordinamento comunitario, con conseguente inapplicabilità dei suoi istituti generali).

e giustizia, 2002, n. 30, p. 48 ss.; Id., *Storie da T.a.r. ... sport. I quattro mesi che hanno sconvolto il calcio*, *ivi*, 2003, n. 31 (inserto speciale), p. 1 ss.; M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, Napoli, 2004; V. FRATTAROLO, *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Milano, 2005, II ed.; F. CARDARELLI, *Ordinamento sportivo e potestà normativa regionale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2006, p. 3707 ss.; G. NAPOLITANO, *Sport*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5678 ss.; L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più libertà privata*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2007, p. 1 ss.; Id., *Giustizia sportiva*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, 2010, p. 491 ss.; G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007; Id., *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra Pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Diritto amministrativo*, 2012, p. 299 ss.; P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, *ivi*, p. 3 ss.; P. SANDULLI, M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, Milano, 2015.

² Del resto è noto come "nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea non vi sono regole scritte che determinano il modo in cui esso va interpretato", ma a tale mancanza, "ha supplito la Corte di giustizia UE, che nella sua giurisprudenza ha individuato e applicato alcuni metodi di interpretazione del diritto comunitario": cfr. I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 31.

Viceversa, meno scontata è risultata la questione se lo sport potesse e dovesse comunque ricevere un trattamento talvolta derogatorio rispetto a detti istituti generali e su cosa si basassero le ragioni di tale eventuale deroga (ragioni esterne all'ordinamento comunitario o interne allo stesso, in guisa tale da poter parlare di "eccezioni" estrapolabili dallo stesso diritto europeo).

Le note che seguono sono dirette proprio ad analizzare brevemente tali temi, alla luce (fondamentalmente) della giurisprudenza della Corte di giustizia, non senza sottolineare che con il Trattato di Lisbona si è finalmente registrata la prima apparizione dello sport tra le attività di sostegno europee (art. 165 TFUE). Si tratta di una disciplina di promozione di iniziative, che, seppur orientate verso "i profili europei dello sport", devono tener conto "delle sue specificità", nel quadro peraltro di interessi pubblici più generali (la funzione sociale ed educativa dello sport medesimo).

Pare opportuno tentare di approfondire l'intervento della Corte, anche per verificare se lo stesso possa essere considerato come un'ingerenza nel mondo dello sport o viceversa come una necessità scaturente dal carattere onnicomprensivo della disciplina sulle libertà fondamentali e sulla concorrenza. E così si deve partire proprio dalla *vexata quaestio*, che ha visto dividersi le opinioni fra chi ha ritenuto che lo sport debba essere considerato come un ordinamento completamente autonomo³ da quello statale (e di conseguenza anche europeo) e chi, viceversa, ha affermato che lo sport deve essere posto all'interno dell'ordinamento generale⁴. Si tratta di capire

³ La cospicua parte di dottrina che ritiene l'ordinamento sportivo autonomo è divisa nel considerarlo come ordinamento originario o come ordinamento derivato. Sull'ordinamento sportivo originario cfr. fra i tanti R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto sportivo*, Napoli, 1997, p. 3; G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 5678; ma già W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro italiano*, 1993, I, c. 1383, già in *Rivista di diritto sportivo*, 1969, p. 384. Circa la pretesa di originarietà da parte di ogni ordinamento giuridico cfr. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Id.*, *Legge-Ordinamento giuridico-Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, pp. 212, 219, 257 e *passim*; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003, p. 31 ss.; *Id.*, *Sui rapporti*, cit., p. 5. Sull'ordinamento sportivo come ordinamento autonomo derivato cfr. *ex multis* A. MANZELLA, *La giustizia sportiva nel pluralismo delle autonomie*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1993, p. 4, nota 5; B. MARCHETTI, *Lo sport*, cit., p. 634; M. ANTONIOLI, *Sui rapporti fra la giurisdizione amministrativa e ordinamento sportivo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, p. 1034; I. DEL GIUDICE, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee si pronuncia sulla possibile rilevanza esterna delle norme sportive (in margine alla sentenza della Corte di Giustizia 18 luglio 2006, causa C-519/04P)*, www.giustamm.it, 2006, n. 9; M. SPASIANO, *Sport professionistico, giustizia sportiva e sindacato del giudice*, *ivi*, 2006.

⁴ P. MIRTO, *Il sistema normativo dell'organizzazione dello sport nell'ordinamento giuridico*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1949, p. 22; C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1952, p. 665; F. P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, p. 372 ss.; A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1976; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo*, cit., p. 69; *Id.*, *La teoria della pluralità*, cit., p. 5 ss.; *Id.*, *Il fenomeno sportivo nell'unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, p. 25 ss.; A. DE SILVESTRI, *La c.d. autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale*, in P. MORO (a cura di), *La giustizia sportiva*, Forlì, 2004, p. 84; *Id.*, *La Corte Costituzionale "azzoppa" il diritto d'azione dei tesserati e delle affiliate*, www.giustiziasportiva.it, 2011, p. 7 ss.; C. FRANCHINI, *I rapporti tra l'ordinamento statale e quello sportivo nel settore della giustizia sportiva*, in *Id.* (a cura di), *Gli effetti delle decisioni dei giudici sportivi*, Torino, 2004, p. 14; G. MANFREDI, *Osservazioni sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Foro amministrativo TAR*, 2006, p. 2967 ss., il quale osserva che "con l'espressione autonomia in definitiva si fa riferimento a un dato che della separatezza e dell'indipendenza è l'opposto"; R. CAPRIOLI, *Il significato dell'autonomia nel sistema delle fonti nel diritto sportivo nazionale*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2007, p. 284; G. C. DI SAN LUCA, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Ri-*

se gli interventi della Corte manifestino in qualche modo argomenti a supporto dell'una tesi o dell'altra, senza peraltro trascurare l'assetto normativo attualmente vigente nell'ordinamento europeo.

Il tema finisce per toccare la fonte della c.d. autonomia del diritto sportivo. Perché, ammesso che essa esista, occorre stabilire se si tratta di autonomia originaria (intesa come rafforzamento dell'indipendenza dell'ordinamento sportivo), ovvero derivata dal riconoscimento dell'ordinamento statale ed europeo. La problematica è davvero di sicuro rilievo almeno sul piano teorico generale. E al riguardo può rivestire un ruolo determinante la prospettiva europea, nella consapevolezza che qualsiasi impostazione nazionale non può prescindere dai principi elaborati a livello sovranazionale.

2. Prima dell'intervento della giurisprudenza della Corte il fenomeno sportivo in un'ottica comunitaria è stato trascurato, quasi fosse estraneo alla disciplina dei Trattati, che infatti non lo contemplavano espressamente, né conferivano specifiche competenze alle istituzioni comunitarie⁵. Le tesi separatiste, coltivate soprattutto dagli organismi sportivi, potevano trarre argomento dalla particolare impostazione dei Trattati, che, avendo riguardo precipuamente a fenomeni rilevanti sul piano degli scambi tra Stati membri, sembravano presentare problemi di sovrapposizione con il diritto sportivo certo meno accentuati di quelli che il singolo ordinamento nazionale poteva proporre.

L'impressione di una totale separazione è stata superata sin dalle prime pronunce della Corte medesima. Ci si riferisce alle sentenze degli anni Settanta sul c.d. caso *Walrave*⁶ e sul c.d. caso *Donà*⁷. Entrambe le sentenze hanno riconosciuto la rilevanza comunitaria dello sport in quanto attività economica, ma hanno contestualmente circoscritto tale ambito, escludendo tutti gli aspetti riconducibili a "criteri tecnico-sportivi". In particolare nella sentenza *Walrave* la Corte, dopo aver stabilito la generale assoggettabilità dello sport/attività economica al diritto comunitario, sottolineava come esulasse dal divieto di non discriminazione, "la composizione di squadre sportive – e in particolare delle rappresentative nazionali – operata esclusivamente in base a criteri tecnico-sportivi; è perciò impossibile classificare tale attività sotto il profilo economico". Sicché, sarebbe stato compito del giudice nazionale accertare la natura (tecnico-sportiva o economica) dell'attività oggetto della causa dinanzi a lui promossa⁸.

Tale statuizione della Corte era, però, soggetta a due possibili interpretazioni, una ampliativa ed una restrittiva. Se si prendeva in considerazione la prima, si poteva ritenere che la Corte avesse voluto sottrarre al principio di non discriminazione ogni questione attinente alla composizione di tutte le squadre sportive, prendendo le squadre nazionali solo a titolo esemplificativo. Aderendo invece alla tesi restrittiva, si arrivava a considerare la composizione delle squadre nazionali (e solo di esse) come un'eccezione al principio generale e quindi a ritenerla come unica

vista di diritto pubblico, 2007, p. 59; A. OLIVARO, *I limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo lo svincolo dell'atleta*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2007, p. 45 ss.; G. VIDIRI, *Autonomia dell'ordinamento sportivo, vincolo di giustizia e azionabilità dei diritti in via giudiziaria*, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 1115 ss.

⁵ J. TOGNON, *Unione europea: evoluzioni e sviluppi di un rapporto "particolare"*, in ID. (a cura di), *Diritto comunitario dello sport*, Torino, 2009, p. 4.

⁶ Sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74.

⁷ Sentenza del 14 luglio 1976, causa 13/76.

⁸ Punti 7-10.

deroga ammessa, poiché in questo caso venivano in rilievo i criteri tecnico-sportivi, che il giudice europeo non poteva sindacare.

Riprendendo le parole della Corte, ed in particolare, l'espressione usata (“*esula*” dal divieto di non discriminazione la composizione delle squadre nazionali), ci si rende conto che, all'epoca, la Corte non avrebbe comunque potuto considerare nell'ambito dell'attività economica la questione della composizione della squadra rappresentativa di una nazione. Ma parte della dottrina ha ritenuto che, dopo quarant'anni dalla sentenza, tale impostazione potrebbe non apparire più attuale: basta, infatti, pensare alla grande attrattiva delle competizioni tra squadre nazionali, alla loro copertura televisiva, ai premi previsti e alle rilevanti sponsorizzazioni per convincersi dell'importanza economica delle relative manifestazioni⁹. Sicché la spiegazione della inapplicabilità del divieto di non discriminazione va ricercata altrove o, se si crede, in un'altra chiave di lettura, come si vedrà. In particolare verrà in rilievo come la composizione delle squadre sportive nazionali esuli dal diritto UE, non tanto perché la loro attività non ha rilevanza economica, quanto perché la partecipazione degli stranieri nelle squadre nazionali sarebbe un “non-senso sportivo”, ovvero gli spettatori/tifosi non si vedrebbero più rappresentati, svuotando così di interesse il fenomeno sportivo.

All'epoca delle prime sentenze della Corte, dunque, i casi ritenuti non economici rimanevano estranei all'applicazione delle norme CEE. Sicché, se pur risultava superata qualunque concezione di totale separazione, permaneva una sorta di separazione parziale, che comportava un'esonazione delle regole sportive non a contenuto economico dall'ambito di applicazione del diritto europeo.

Con la sentenza *Donà* la Corte ha tentato di fare un passo in avanti, cercando di precisare quali potessero essere i casi di attività sportiva non economica. Tuttavia, nonostante avesse rilevato che i motivi non economici dovevano essere “inerenti al carattere e alla fisionomia specifica” degli incontri, non ha chiarito quali requisiti fossero idonei a poter qualificare come puramente sportiva una norma, una regola o una disposizione comunque invalsa nel mondo sportivo. In conclusione la Corte ha giudicato “incompatibile con gli articoli 7 e, a seconda dei casi, 48-51 o 59-66 del trattato, una disciplina o prassi nazionale, anche scaturenti da un'organizzazione sportiva, che riserva ai soli cittadini dello Stato membro in cui tale disciplina o prassi vige, il diritto di partecipare, come professionisti o semi-professionisti, ad incontri di calcio, salvo che non si tratti di una disciplina o prassi che precluda ai giocatori stranieri la partecipazione a taluni incontri per motivi non economici, ma inerenti al carattere e alla fisionomia specifica di detti incontri, e che hanno quindi natura prettamente sportiva”¹⁰.

Queste due sentenze evidenziano, quindi, l'impostazione del giudice comunitario diretta a distinguere, tra le varie e molteplici regole che disciplinano l'attività sportiva (le c.d. regole sportive), da un lato quelle che riguardano gli aspetti economici dell'attività sportiva e che, rilevanti *ex art. 2 TCE*, sono assoggettate al diritto

⁹ Cfr. J. TOGNON, *La libera circolazione degli sportivi in ambito comunitario: da Walrave a Bernard un percorso non ancora concluso*, in J. TOGNON, A. STELITANO (a cura di), *Sport, Unione Europea e diritti umani*, Padova, 2011, p. 159, nota 5. Sul punto anche R. PARRISH, S. MIETTINEN, *The Sporting Exception in European Union Law*, The Hague, 2008, pp. 80-81. In particolare gli A. sottolineano proprio la differenza tra gli obiettivi della Comunità esistenti nel 1974 e quelli attuali.

¹⁰ Punto 19.

comunitario; dall'altro le c.d. regole puramente sportive, che riguardano solo i profili tecnici dello sport e dunque sono irrilevanti a livello comunitario. Vi è quindi un riconoscimento della c.d. specificità dello sport che, però, incomincia a non essere più intesa in senso assoluto, come una sottrazione totale al diritto CEE delle attività sportive, ma produce l'effetto di non assoggettabilità ad esso per quelle sole regole che sono dettate esclusivamente da ragioni tecnico-sportive¹¹.

Nelle due sentenze già citate l'applicabilità della disciplina dei Trattati (a cominciare dalla libera circolazione dei lavoratori, in relazione al requisito di nazionalità di atleti e allenatori) è dipesa dalla qualificazione delle regole sportive in termini economici o meno. Con l'ulteriore implicazione – che poteva scaturire dall'interpretazione “ampliativa” della sentenza *Donà* – che un'attività di per sé di rilievo economico (quale il rapporto di lavoro subordinato) poteva essere sottratta al campo di applicazione del diritto CEE se ciò risultava giustificato dall'applicazione di regole meramente sportive (o aventi scopi meramente sportivi): è come se l'applicazione di tali regole fosse in grado di attenuare (o addirittura far scomparire) il rilievo economico dell'attività.

In tale contesto – e sia pure con un linguaggio non sempre univoco – la qualificazione in termini economici/non economici costituiva il *discrimen*, che si direbbe tipico più di un rapporto di separazione, sia pur parziale (e dunque di inclusione-esenzione), che di un rapporto di integrazione (regola-eccezione). L'attività posta alla base della norma sportiva, che per esigenze proprie di carattere puramente sportivo poteva in definitiva essere qualificata come non economica, risultava per tale ragione esclusa dall'ambito di applicazione dei principi e dei precetti dei Trattati.

Un passaggio dunque da un'esenzione generale di tutto il fenomeno sportivo (che si riteneva esistente prima dell'intervento della Corte), a un'esenzione parziale dall'applicazione dei Trattati, che è evidente nelle conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi¹² nella causa c.d. *Donà*. Infatti, egli ha ricordato come questa c.d. “eccezione sportiva” poteva essere considerata lecita solo quando le limitazioni “basate sulla nazionalità del giocatore [avessero avuto] finalità puramente sportive” e fossero state “idonee e proporzionate al perseguimento del fine”. Si trattava, dunque, di una esclusione rientrante nella c.d. specificità dello sport. Ma, per la prima volta venivano affiancati alla “eccezione sportiva” i termini di idoneità e proporzionalità, di modo che essa “began to appear more as an objective justification in line with the framework developed some two decades later, rather than an exception properly so called”¹³.

Il principio comunitario della libera circolazione dei cittadini, dunque, deve essere rispettato anche nell'ambito del diritto sportivo. L'esenzione può esservi solo a condizione che la deroga sia necessaria per il perseguimento dello scopo sportivo e proporzionata allo stesso. Tale sollecitazione è stata recepita dalle istituzioni comunitarie, che hanno iniziato a considerare lo sport attraverso le norme del diritto comune del mercato interno, ma ponendo come limite tutte quelle norme sportive di

¹¹ Tuttavia, “appare evidente il carattere sfuggente di una nozione (quella di regole puramente sportive) basata interamente sul richiamo di motivi non economici, ma inerenti al carattere e alla fisionomia specifica di taluni incontri ovvero a criteri tecnico-sportivi, posto che nulla viene detto a proposito di quale siano, in concreto, i criteri (tecnico-sportivi) o i motivi (non economici) rilevanti al fine della qualifica di una data regola come puramente sportiva”. Cfr. S. BASTIANON, *Regole sportive, regole del gioco e regole economiche nel diritto dell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *L'Europa e lo sport*, Milano, 2009, p. 82.

¹² Conclusioni del 6 luglio 1976, causa 13/76.

¹³ In R. PARRISH, S. MIETTINEN, *op. cit.*, p. 85.

puro contenuto tecnico. Anzi si può addirittura notare che detto limite è stato esteso a tutte quelle previsioni sportive finalizzate allo sviluppo del ruolo sociale dello stesso sport. Per averne conferma, basti ricordare la Relazione Adonnino – “Europa dei cittadini” – fatta propria dal Consiglio europeo del 1985, in cui lo sport viene considerato come strumento di comunicazione e sensibilizzazione.

Con la sentenza c.d. *Bosman*¹⁴ la Corte torna ad occuparsi dello sport, sottolineando l’aspetto economico insito nel ruolo lavorativo dell’atleta. Ma lo specifico apporto, che accresce il contributo interpretativo sul rapporto fra diritto sportivo e principi comunitari, è dato dalla statuizione che estende i vincoli del diritto comunitario a tutte le federazioni e associazioni sportive, anche se ovviamente in relazione alla posizione giuridica degli atleti-tesserati. L’atleta, in definitiva, viene riconosciuto come lavoratore e il relativo ambito lavorativo non può avere limitazioni giustificate dal suo specifico ruolo sportivo.

È, dunque, con la sentenza *Bosman* che (semplificando al massimo e con ampio margine di approssimazione) la Corte statuisce chiaramente che se una norma sportiva ha carattere economico, tale rimane senza alcuna preclusione all’applicazione della pertinente disciplina dei Trattati¹⁵. È in questo contesto che le restrizioni relative al tesseramento di atleti stranieri non potevano che essere considerate discriminatorie (discriminazione in relazione alla cittadinanza) e come tali in contrasto con la disciplina della libera circolazione dei lavoratori¹⁶.

La Corte, dunque, non si discosta dalle sentenze precedenti, ma pare abbracciare risolutamente l’interpretazione restrittiva, che se ne poteva trarre. Con la conseguente implicazione che la prevista esclusione dal singolo campionato nazionale di giocatori di altri Stati membri, non poteva che contrastare con il diritto di libera circolazione delle persone¹⁷. Nullo fu il tentativo da parte della UEFA di invocare

¹⁴ Sentenza del 15 dicembre 1995, causa C-415/93.

¹⁵ Per una più ampia analisi della sentenza “che rivoluzionò il calcio” cfr. *ex multis* S. BASTIANON, *La sentenza Bosman vent’anni dopo*, Torino, 2015; Id. (a cura di), *Vent’anni della sentenza Bosman 1995-2015*, Torino, 2016. Cfr. anche il n. 3 della *Rivista di diritto sportivo* del 1996 interamente dedicato alla sentenza *Bosman*: M. CLARICH, *op. cit.*; A. MANZELLA, *L’Europa e lo sport. Un difficile dialogo dopo Bosman?*; A. TIZZANO, M. DE VITA, *Qualche considerazione sul caso “Bosman”*; A. ANASTASI, *Annotazioni sul caso “Bosman”*; J. DIEZ-HOCHLEITNER, A. MARTÍNEZ SANCHEZ, *Le conseguenze giuridiche della sentenza “Bosman” per lo sport spagnolo ed europeo*; F. ROMANI, U. MOSETTI, *Il diritto nel pallone: spunti per un’analisi economica della sentenza Bosman*; S. BASTIANON, *La libera circolazione dei calciatori e il diritto della concorrenza alla luce della sentenza Bosman*; M. COCCIA, *La sentenza Bosman: summus ius, summa iniuria?*. Ed ancora: S. BASTIANON, *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, e G. VIDIRI, *Il caso Bosman e la libera circolazione dei calciatori professionisti all’ambito della Comunità europea*, entrambi in *Foro italiano*, 1996, IV, c. 1 ss.; M. ORLANDI, *Ostacoli alla libera circolazione dei calciatori e numero massimo di “stranieri comunitari” in una squadra: osservazioni in margine alla sentenza Bosman*, in *Giusizia civile*, 1996, p. 601 ss.; P. RUSSO, *L’Europa di Bosman*, in *Il Mulino*, 1997, pp. 1152-1160.

¹⁶ Altrimenti la norma del Trattato “sarebbe altrimenti privata del suo effetto utile e il diritto fondamentale di accedere liberamente a un’occupazione, che essa conferisce individualmente ad ogni lavoratore della Comunità, sarebbe vanificato”; cfr. punto 129 della sentenza *Bosman*, ripreso da I. INGRAVALLO, *op. cit.*, p. 68, nota 338.

¹⁷ *Contra* cfr. M. COCCIA, *L’indennità di trasferimento e la libera circolazione dei calciatori professionisti nell’Unione Europea*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1994, p. 362, secondo cui “le norme sportive che limitano il numero di giocatori che possono entrare in campo per ogni partita sono determinate da motivi di natura non economica, ma prettamente sportiva e possono, dunque, considerarsi compatibili con l’art. 48 del Trattato CEE, proprio alla luce della giurisprudenza Donà e Walrave”.

la giurisprudenza¹⁸ della stessa Corte che escludeva l'applicazione dell'art. 30 del Trattato a provvedimenti limitativi, ma indistintamente applicabili. Secondo la Corte, infatti, la disciplina dei trasferimenti degli atleti condiziona direttamente l'accesso dei calciatori al mercato del lavoro negli altri Stati membri e quindi ostacola la libera circolazione dei lavoratori¹⁹.

Si sarebbe potuto giungere a una diversa conclusione solo se le norme sul trasferimento o quelle sul tesseramento fossero state giustificate da motivi d'interesse pubblico²⁰, ma esclusivamente nel caso in cui la loro applicazione fosse stata idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito²¹. E non era questo il caso trattato nella sentenza *Bosman*, dove la Corte ha ritenuto che non fossero soddisfatte le condizioni per applicare la teoria delle esigenze imperative.

Si possono, dunque, sintetizzare i risultati, cui era pervenuta fino a quel momento la giurisprudenza, evidenziando che la distinzione tra questioni economiche e questioni puramente sportive individuava anche il confine tra questioni rilevanti o meno per il diritto comunitario. Le questioni puramente sportive (regole tecniche, organizzative, di tutela interna delle posizioni dei vari protagonisti del mondo sportivo), in quanto non economiche, manifestavano la "specificità" dello sport e risultavano esterne al diritto europeo: in tale ambito, dunque, poteva riconoscersi e risultava circoscritta l'autonomia medesima del diritto sportivo.

Fino a quel momento, peraltro, si era limitata l'applicazione del diritto comunitario allo sportivo c.d. professionista, *ex se* lavoratore e quindi esercente un'attività economica. Ma presto si presentò la questione dell'applicabilità del diritto europeo anche al settore dilettantistico. Il primo caso posto alla Corte di giustizia in ordine agli atleti dilettanti fu il c.d. caso *Agostini*²². Nonostante il procedimento si sia

¹⁸ V. sentenza del 24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 268/91, *Keck e Mithouard*, punto 16.

¹⁹ Sentenza *Bosman*, punti 102-103; conclusioni dell'Avvocato generale Lenz, punto 162: "poiché il certificato di svincolo è necessario solo in caso di trasferimento presso un'altra federazione, e di conseguenza all'estero, fatta eccezione per lo specifico caso delle federazioni britanniche, ne consegue che i trasferimenti all'estero soggiacciono a regole più sfavorevoli di quelle applicabili ai trasferimenti nell'ambito della stessa federazione". *Contra*, M. COCCIA, *op. ult. cit.*, p. 356, il quale rileva che "le normative sportive in materia di trasferimento dei calciatori professionisti non possono considerarsi misure indistintamente applicabili che comportano una sostanziale restrizione della libertà di circolazione dei lavoratori. Tali normative non determinano certamente per i calciatori professionisti la concreta impossibilità o difficoltà di rispondere ad offerte di lavoro e di spostarsi liberamente. L'indennità di trasferimento può, forse spingere economicamente al ribasso le offerte di ingaggio da parte delle società calcistiche, ma non certo impedire ai giocatori professionisti di rispondere a tali offerte, ove formulate, anche al di fuori del paese di appartenenza o di provenienza (...)".

²⁰ Dunque, il principale apporto della sentenza consisterebbe nell'affermazione della Corte secondo cui le misure indistintamente applicabili o neutre, e cioè le norme che non implicano, né direttamente né indirettamente, discriminazioni fondate sulla nazionalità, qualora restringano la libertà di circolazione intracomunitaria dei lavoratori, sono contrarie all'art. 48, salvo che si possano giustificare sulla base delle eccezioni previste dall'art. 45, par. 3 [e cioè l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, o di una esigenza o di un motivo imperativo di interesse generale riconosciuto dalla Corte di giustizia]. In questo senso A. ANASTASI, *op. cit.*, pp. 458-468; J. DíEZ-HOCHLEITNER, A. MARTÍNEZ SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 469-507; A. TIZZANO, M. DE VITA, *op. cit.*, pp. 416-435.

²¹ Sentenza *Walrave*, punti 4-9 (ripresi dalle conclusioni dell'Avvocato generale Lenz al punto 122): "Tale interpretazione derogatoria, comunque, va intesa molto rigorosamente e non può estendersi oltre i limiti ben precisi del settore cui si riferisce". Sentenza *Donà*, punto 15: "Tale restrizione della sfera dell'applicazione delle disposizioni di cui trattasi deve essere tuttavia mantenuta rigorosamente entro i limiti del suo specifico oggetto".

²² Ordinanza dell'8 luglio 1998, causa C-9/98.

concluso con un'ordinanza di irricevibilità²³ del rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Namur, la vicenda è stata utile per chiarire meglio l'applicabilità dei principi comunitari al comparto dello sport c.d. dilettantistico.

Lo sport dilettantistico presentava apparentemente problematiche particolari, perché se in base alle sentenze *Walrave, Donà e Bosman*, lo sport deve rispettare le norme comunitarie nel momento in cui sia espressione di un'attività di carattere economico, tale requisito diventa *prima facie* più difficile da individuare per l'attività dilettantistica²⁴. Tuttavia, la questione dell'applicabilità del diritto europeo agli sport dilettantistici si è manifestata, nella realtà, come un falso problema: basta, infatti, non partire più dal rigido criterio formalistico della distinzione dilettantismo-professionismo²⁵, per giungere alla conclusione che risultano sottratte alle regole europee solo quelle attività sportive svolte a livello amatoriale, con finalità puramente ricreative e di divertimento e, in quanto tali, prive di qualsiasi rilievo economico²⁶ (con la sola eccezione del diritto al mero rimborso delle spese, da interpretarsi in senso restrittivo)²⁷.

²³ Cfr. punti 6 e 8 dell'ordinanza della Corte di giustizia: "(...) l'ordinanza di rinvio non contiene indicazioni sufficienti (...). In tale situazione la Corte non è in grado di pronunciarsi, in mancanza di qualsiasi indicazione sulla condizione di professionista, di semiprofessionista o di dilettante dei ricorrenti, sulla natura delle competizioni che costituiscono l'oggetto del procedimento dinanzi al giudice nazionale, sulle modalità di selezione e di partecipazione a queste competizioni, né sulla normativa nazionale vigente in materia".

²⁴ Sulla difficoltà di applicare i principi della sentenza *Bosman* da parte di un giudice nazionale cfr. Tribunale di Santander, 14 ottobre 1996, n. 822 (c.d. caso *Olsson*). In particolare, il giudice spagnolo, poiché era consapevole che la sentenza *Bosman* riguardava i calciatori professionisti, "si preoccupò esclusivamente di ricondurre la figura del giocatore di pallamano nell'alveo degli atleti professionisti nella convinzione che solo per tale via fosse possibile invocare i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria"; cfr. B. NASCIMBENE, S. BASTIANON, *Diritto europeo dello sport*, Torino, 2011, p. 40. Per una più ampia analisi della sentenza *Olsson* cfr. A. MARTÍNEZ SÀNCHEZ, *Asunto Olsson: una juez de Santander aplica la sentencia "Bosman" en favor de un jugador de balonmano*, in *Gaceta jurídica de la CE y de la Competencia*, 1996, p. 5 ss.; S. BASTIANON, *Dal calcio alla pallamano: la giurisprudenza Bosman nella pronuncia di un giudice nazionale*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1997, p. 856 ss.; G. GRECO, *La prima applicazione dei principi sanciti nel caso Bosman da parte di un giudice nazionale (il caso Olsson) e la situazione degli atleti dilettanti (il caso Agostini)*, in J. TOGNON, *Diritto e politiche dello Sport nell'Unione europea*, Padova, 2016, p. 111 ss.

²⁵ Sul punto si veda P. DE CATERINI, *Le società sportive nella prospettiva del mercato unico europeo*, in *Società sportive e ordinamento giuridico*, Siena, 1994, p. 47 ss., nel quale si legge che sarebbe un errore credere che alcune determinate attività possano essere considerate volontarie per loro natura o per definizione legale, poiché il carattere volontario o professionale dell'attività o della singola prestazione dipende dalla natura del rapporto sottostante, e quindi dall'esistenza, dalla modalità e dalla misura dell'eventuale corrispettivo.

²⁶ L. MUSUMARRA, *La dimensione europea dello sport*, Roma, 2012.

²⁷ Che tale ragionamento non valga solo per il diritto sportivo è evidente se solo si esaminano ad esempio le sentenze della Corte di giustizia in tema di servizi sociali (e pur con tutte le differenze che sussistono nei relativi settori). Infatti, con la sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, che ha avuto ad oggetto la verifica della compatibilità con il diritto UE di un accordo stipulato tra l'ASL di Lecce e l'Università del Salento per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, essa ha sottolineato "come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione 'a titolo oneroso', un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio contenuto". Dunque, anche nelle ipotesi in cui il corrispettivo pattuito per l'affidamento di servizi sanitari in convenzione dovesse corrispondere ad un mero rimborso spese, non potrebbe escludersi il requisito dell'onerosità. Più nello specifico, la Corte, con la sentenza del 14 dicembre 2014, causa C-113/13, *ASL n. 5 Spezzino*, ha statuito che "relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro,

Ragionare in modo diverso porterebbe a restringere e a nazionalizzare la nozione di lavoratore comunitario, andando a confliggere quindi con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che non solo tende ad interpretare questa nozione in modo estensivo²⁸, ma anche a non vincolarla a riferimenti interpretativi dei singoli ordinamenti nazionali²⁹.

Per verificare se l'attività di un atleta abbia o meno carattere economico, dunque, non ci si deve fermare alla qualifica, del tutto formale³⁰, di professionista, ma si deve accertare in concreto se l'atleta svolga un lavoro subordinato o presti servizi dietro remunerazione³¹. L'unico dato rilevante è stabilire se la retribuzione dell'atleta superi la soglia del mero rimborso³².

nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse". Per una più ampia analisi dell'analogia dell'*iter* logico utilizzato dalla Corte in materia di diritto sportivo e in tema di servizi sociali sia consentito il rinvio a G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, pp. 809-843

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 1991, causa C-27/91, *URSSAF c. Hostellerie Le Manoir*, ove la Corte ha qualificato come lavoratore europeo uno *stagiaire* che era stato assunto da una scuola alberghiera per i soli mesi estivi. S. BASTIANON, *Il diritto comunitario e la libera circolazione degli atleti alla luce di alcuni recenti sviluppi della giurisprudenza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 901 ss., ricorda: "Nel settore dello sport, pertanto, si assisterebbe a questo strano e ingiustificabile fenomeno: un cittadino di uno Stato membro, pur soddisfacendo tutti i requisiti per essere considerato un lavoratore comunitario, si troverebbe privato della possibilità di invocare diritti a lui riconosciuti dall'art. 48 del Trattato, soltanto perché lo sport a cui è dedito, è considerato, all'interno di un dato ordinamento giuridico, uno sport dilettantistico con conseguente restringimento e 'nazionalizzazione' di una nozione che il giudice europeo, come si è visto ha ripetutamente definito in termini comunitari e tutt'altro che restrittivi".

²⁹ Sull'immediata applicabilità nell'ordinamento sportivo italiano del principio si veda la decisione del 26 ottobre 1996 della Commissione d'appello federale della FIGC, in *Rivista di diritto sportivo*, 1997, p. 583; si veda anche F. P. LUISO, *Gli effetti della sentenza Bosman sui rapporti pendenti*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, p. 842 (nota a Collegio Arbitrale Roma, 7 maggio 1997, *Soc. Scallgera Basket c. Soc. Benetton Treviso Pallacanestro*). Il criterio dell'economicità della prestazione è più importante e decisivo rispetto alla "formale" distinzione tra professionisti e dilettanti.

³⁰ Significativo a questo proposito il fatto che la Fédération International de Basketball - FIBA abbia abolito ogni distinzione tra dilettanti e professionisti e che il CIO stia andando nella stessa direzione per quel che riguarda le discipline olimpiche.

³¹ B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *op. cit.*, p. 24; a riguardo anche M. THILL, *L'arrêt Bosman et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire Bosman*, in *Revue du Marché unique européen*, 1996, p. 102. Anche quest'ultima rivista ha riunito i principali commenti dopo la pronuncia della sentenza *Bosman* nel n. 1 del 1996: cfr. K. VAN MIERT, *L'arrêt Bosman: la suppression des frontières sportives dans le Marché unique européen*; P. DEMARET, *Quelques observations sur la signification de l'arrêt Bosman*; A. PAPPALARDO, N. PARISIS, *Le droit de la concurrence et le sport professionnel par équipe*; J. L. DUPONT, *Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt Bosman*; D. O'KEEFE, P. OSBORNE, *L'affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen*; G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnel par équipe*; D. KESENNE, *L'arrêt Bosman et l'économie du sport professionnel par équipe*; L. NYUSSEN, X. DENOEL, *La situation des ressortissants de pays tiers à la suite de l'arrêt Bosman*; N. PARISIS, M. FERNANDEZ SALAS, *Le sportif individuel au regard de l'arrêt Bosman*; M. FERNANDEZ SALAS, *De la possibilité de renverse l'arrêt Bosman par une modification du Traité*.

³² Sentenze della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*; 21 giugno 1988, causa 197/86, *Brown c. Secretary of State for Scotland*; 26 febbraio 1992, causa C-357/89, *V. J. M. Raulin*. Sul punto si veda inoltre J. DÍEZ-HOCHLEITNER, A. MARTÍNEZ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 502; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*,

Pertanto, mentre non vi sono dubbi che gli atleti professionisti svolgano un'attività a carattere economico, nel caso di un atleta che svolga un'attività sportiva qualificata come dilettantistica, diventa più complicato distinguere tra atleti che sono solo formalmente dilettanti (ma in realtà veri e propri professionisti) ed atleti veramente dilettanti³³. Solo nel primo caso si arriva alla soluzione di assoggettare l'attività sportiva alle norme comunitarie, seguendo lo stesso *iter* logico utilizzato per lo sport professionistico. Nel secondo, viceversa, mancando il requisito del carattere economico, tale assoggettamento sarebbe da escludersi e "l'applicabilità del diritto dell'Unione a simili fattispecie potrebbe essere 'recuperata' attraverso il richiamo alla giurisprudenza relativa ai 'vantaggi sociali' dei lavoratori migranti di cui all'art. 7, par. 2 del Regolamento n. 1612/68 e ai diritti che sono il 'corollario' della libertà di circolazione delle persone"³⁴.

La Corte di giustizia, infatti, ha più volte riconosciuto che l'accesso alle attività ricreative di uno Stato membro costituisce un corollario della libertà di circolazione³⁵. E così, mentre si consolida il dualismo fra norme tecniche e aspetti economici del diritto sportivo, le Istituzioni europee, nella I Conferenza europea sullo sport del 1999, organizzata ad Olimpia, paiono aprire la strada ad un altro e terzo aspetto dello sport: quello sociale, che a sua volta può essere ripartito in culturale, sanitario e educativo. Ed è proprio tale particolare funzione che viene via via esaltata. Basterà ricordare la Dichiarazione n. 29 del Trattato di Amsterdam, la relazione di Helsinki³⁶ e la Dichiarazione di Nizza³⁷, nelle quali tale aspetto è ampiamente trattato, attribuendo al riguardo notevole importanza alle organizzazioni sportive, in quanto responsabili dell'intero settore.

In altri termini con detti documenti ufficiali da un lato le istituzioni comunitarie manifestano di voler salvaguardare e promuovere la funzione sociale dello sport, ma dall'altro, anche in considerazione dell'assenza di una competenza diretta in proposito, inquadrano detta funzione sociale nell'ambito della specificità dello sport, riconoscendo così alle organizzazioni sportive un ruolo particolarmente rilevante e un connesso, inevitabile, ambito di autonomia. Ma proprio nello stesso anno (è il 2000) la Corte indirettamente pare incrinare la prospettiva finora seguita in sinergia fra gli organi delle istituzioni europee e i giudici comunitari.

3. Rilevante a quest'ultimo riguardo è la sentenza *Deliège*³⁸, nel punto in cui, nonostante le sollecitazioni dell'Avvocato generale a salvaguardare il potere di

Milano, 2003, p. 71 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2017, p. 112 ss.

³³ B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *op. cit.*, p. 26.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 31 maggio 1979, causa 207/78, *Even*; 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*; 7 marzo 1996, causa C-334/94, *Commissione c. Francia*.

³⁶ Relazione di Helsinki sullo sport, 10 dicembre 1999, COM(1999)644 def. Si deve anche ricordare che il 7 settembre 2000 il Parlamento europeo, basandosi sulla relazione di Helsinki, adottò una specifica risoluzione sullo sport: risoluzione del Parlamento europeo sulla Relazione di Helsinki della Commissione al Consiglio europeo nell'ottica della salvaguardia delle strutture sportive attuali e del mantenimento della funzione sociale dello sport nel quadro comunitario, Relazione di Helsinki sullo sport.

³⁷ In particolare nell'allegato IV: Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle sue funzioni sociali in Europa di cui tener conto nelle politiche comuni. Per l'intero testo si veda DG J, 13948/00.

³⁸ Sentenza dell'11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e 191/97.

autoregolamentazione delle federazioni sportive, la Corte ne limita il riconoscimento ai soli casi in cui vi sia il perseguimento di un interesse pubblico³⁹. Il che può riscontrarsi solo nell'organizzazione di determinate competizioni sportive.

Si tratta di un significativo ripensamento sulla autonomia e così sulla portata della specificità dello sport. E ciò perché nel caso deciso l'interesse della federazione, prevalso sull'interesse dell'atleta, rappresentava un interesse generale alla buona riuscita della competizione sportiva: sicché per perseguire tale interesse, si è ritenuta corretta la mancata applicazione, nei confronti dell'atleta, del principio comunitario della libera circolazione dei servizi.

La giurisprudenza ha così riconosciuto testualmente il ruolo preponderante della funzione sociale dello sport, nonostante tale funzione esorbitasse dal contenuto meramente tecnico della regola. Si trattava di un ampliamento della specificità (intesa come ragione di separazione) sotto l'influenza delle sollecitazioni delle istituzioni sportive o di una nuova e diversa causa limitativa della disciplina generale sulle libertà fondamentali e sulle regole della concorrenza?

Difficile dare una risposta sicura. Ma è certo che la funzione sociale dello sport diventa una costante nelle attenzioni del legislatore europeo. Ed è significativo che nella c.d. Costituzione europea fosse stato previsto un articolo interamente dedicato allo sport, con esplicito riferimento alla sua specificità: l'Unione "contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa" (art. III-282). Non solo. Deve essere sottolineato che, prima di arrivare all'approvazione del testo finale della Costituzione europea, si cercò più volte di modificare il testo della norma, al fine di attribuire all'Unione una competenza specifica nello sport. In particolare, si può ricordare la riunione informale dei Ministri dell'Unione del 2-3 ottobre 2003 (a Firenze)⁴⁰, nella quale fu redatto un documento volto a dare un maggior riconoscimento della c.d. specificità dello sport. Tuttavia la modifica non venne mai alla luce per i contrasti che si registrarono in seno al medesimo Consiglio.

Un altro tentativo venne compiuto a Napoli nel novembre 2003, durante la Presidenza italiana. La maggioranza dei Ministri avrebbe voluto modificare il citato articolo in modo da renderlo simile alla Dichiarazione aggiunta al Trattato di Nizza, di cui si è fatto cenno, attraverso un riconoscimento esplicito della specificità dello sport e delle sue caratteristiche peculiari. Ma anche questo tentativo non ebbe successo.

Restato così immutato l'art. III-282 della Costituzione (che, da un lato, conteneva l'esplicito riferimento alla *specificità*⁴¹, e dall'altro, istituiva una nuova competenza della Comunità in materia), la dottrina si è interrogata se vi fosse stato un "superamento della questione della c.d. *'sporting exception'*"⁴², intesa quale esonerazione dall'obbligo di rispettare i principi europei in relazione alle regole tecniche

³⁹ Si riconosceva e si riaffermava il ruolo delle federazioni sportive, che però non poteva essere esclusivo. Cfr. L. LEONE, *La promozione dello sport in ambito internazionale ed europeo*, in *Giustiziasportiva.it*, 2006, n. 3, p. 40.

⁴⁰ Alla riunione fu presente anche il Presidente del CIO, Jacques Rogge, che definì l'articolo: "una pietra miliare perché si parla per la prima volta di sport nella Costituzione Europea".

⁴¹ R. PARRISH, S. MIETTINEN, *op. cit.*, p. 38, ove sottolineano come l'art. III-282 della Costituzione "recognised the specific nature of sport and required this to be taken into account in the Union's supporting action contributing to the 'promotion of European sporting issues'".

⁴² J. TOGNON (a cura di), *Diritto e politiche*, cit., p. 121 s.

poste a base dell'attività sportiva. Tuttavia la questione si rilevò prematura, dato che, nonostante la firma dei venticinque Stati membri raccolta a Roma il 29 ottobre 2004, il testo della Costituzione, com'è noto, non entrò in vigore, perché respinta dai referendum popolari di Francia e Olanda. Nonostante la sua mancata approvazione, la Costituzione rimane la prova di una consistente attenzione dell'Europa allo sport come elemento sociale di aggregazione. E l'anno europeo⁴³ dello sport, il 2004, ha dato ulteriore impulso ad una possibile evoluzione nell'apertura allo sport dei principi comunitari⁴⁴.

Si giunge così all'anno 2006, in cui la Corte si trova a dover riesaminare una decisione del Tribunale⁴⁵ in tema di concorrenza – il c.d. caso *Meca Medina*⁴⁶ – che, conformemente alla precedente giurisprudenza, distingueva tra regole economiche, soggette al diritto comunitario, e regole puramente tecnico-sportive non soggette al diritto comunitario.

La Corte, però, ha escluso una ripartizione generale e astratta come quella operata dal giudice di primo grado⁴⁷ e, superando l'orientamento precedente, ha introdotto una sottile, ma importante, distinzione fra il contenuto tecnico della norma e l'obiettivo che la stessa si prefigge, dando rilevanza anche alle caratteristiche del soggetto da cui promana. Con la conseguenza che, per escludere la norma sportiva dal divieto sancito dall'art. 81, par. 1, TCE (ora 101, par. 1, TFUE), è necessario che la stessa sia verificata attentamente per valutarne comunque la compatibilità con i principi comunitari.

La Corte ha così precisato che la compatibilità di una disciplina con le norme comunitarie in materia di concorrenza non può essere valutata in astratto⁴⁸, poiché non ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese, che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse, ricade sotto il divieto sancito dall'art. 81, par. 1, TCE (ora 101, par. 1, TFUE). Richiamando i noti principi⁴⁹ della

⁴³ L'Anno europeo nasce come iniziativa negli anni '80 sulla base di una proposta del Parlamento europeo, al fine di sensibilizzare la Comunità ogni anno su un tema diverso.

⁴⁴ Sul punto cfr. *ex multis* A. DE SILVESTRI, *Lo sport nella Costituzione Italiana ed europea*, in *Atti del Congresso annuale degli Avvocati europei*, Roma, 7-9 luglio 2005, p. 5, reperibile in *Giustiziasportiva.it*.

⁴⁵ Sentenza del 30 settembre 2004, causa T-313/02. La Corte, infatti, non si era mai pronunciata sui rapporti tra il diritto della concorrenza e lo sport, sebbene più volte i giudici nazionali avessero fatto espressamente riferimento agli articoli 81-82 (ora 101-102 TFUE) nei loro rinvii pregiudiziali.

⁴⁶ Sentenza del 18 luglio 2006, causa C-519/04P.

⁴⁷ Cfr. M. WATHELET, *L'arrêt Meca-Medina et Majen: plus qu'un coup dans l'eau*, in *Jurisprudence de Liège*, 2006, p. 1799.

⁴⁸ Sentenza del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-374, 375, 384 e 388/94, *European Night Services e a. c. Commissione*, punto 136; v. anche la sentenza della Corte del 17 novembre 1987, cause riunite 142 e 156/84, *BAT e Reynolds c. Commissione*, punto 38, nonché quella del Tribunale del 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole Télévision c. Commissione*, punto 76.

⁴⁹ Il metodo *Wouters* o il c.d. *Wouters test*, infatti, si traduce in un approccio metodologico che si articola in quattro fasi: a) se l'associazione sportiva che ha adottato la regola contestata può considerarsi un'impresa o un'associazione di imprese ai sensi degli articoli 101 o 102 TFUE: a tale riguardo, occorre che l'associazione sportiva svolga essa stessa un'attività economica oppure che i membri dell'associazione sportiva siano imprese che svolgono un'attività economica; b) in caso di risposta affermativa, si tratta di verificare se la regola contestata restringe la concorrenza ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE oppure costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE. A tale scopo occorre: i) tenere conto del contesto generale in cui la regola è stata adottata o dispiega i suoi effetti, nonché dei suoi obiettivi; ii) verificare se gli effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti al perseguimento di tali obiettivi ad essi proporzionati; c) in caso di risposta negativa, si dovrà verificare se la regola in

sentenza *Wouters*⁵⁰, la Corte ha statuito che, nel caso di specie, deve essere effettuata un'analisi c.d. caso per caso, tenendo conto del "contesto globale" in cui la decisione dell'associazione d'impresе in questione è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, quali obiettivi si prefigga. Infine deve anche essere verificato, in caso di effetti restrittivi della concorrenza, se quest'ultimi siano conformi agli obiettivi e ad essi proporzionati⁵¹.

Per sottrarsi, dunque, al divieto sancito dall'art. 81, par. 1, TCE (ora 101, par. 1, TFUE), le restrizioni devono limitarsi a quanto necessario per assicurare il corretto svolgimento della competizione sportiva, come è stato giudicato nel caso di specie. Infatti, le norme *anti-doping*, oggetto di ricorso, a giudizio della Corte non andavano al di là di quanto necessario per assicurare lo svolgimento e il corretto funzionamento delle competizioni sportive e le stesse sanzioni impugnate non erano sproporzionate all'obiettivo⁵².

L'importanza di tale sentenza deriva dal fatto che, per la prima volta, la Corte è giunta alla conclusione che le regole puramente sportive, al pari delle regole economiche, sono soggette al diritto *antitrust* UE e possono considerarsi con esso compatibili solo se conformi agli articoli 81 e 82, ora articoli 101 e 102 TFUE. Con il che il "*discrimen*" tra rilevanza economica o meramente sportiva della fattispecie risulta chiaramente superato.

Tuttavia, questa sentenza ingenerò molte perplessità e preoccupazioni⁵³. Infatti, la Corte non ha spiegato come una norma, che rientra nelle regole c.d. puramente sportive e che quindi dovrebbe essere estranea all'attività economica, possa rientrare nell'ambito di applicazione della normativa UE in materia di concorrenza. Si presentava così difficile⁵⁴ il tentativo di individuare le norme tecniche dello sport, che dovevano ritenersi compatibili o meno con il diritto *antitrust*, grazie ai loro obiettivi e a condizione che i possibili effetti restrittivi fossero proporzionati ai fini perseguiti.

Così, se a una prima lettura pare che la Corte non abbia fatto altro che ricordare l'ampia estensione del principio della concorrenza per le attività a rilevanza eco-

questione è in grado di determinare un pregiudizio al commercio tra Stati membri; d) in caso di risposta positiva, infine, si dovrà verificare l'eventuale sussistenza delle quattro condizioni previste dall'art. 101, par. 3, TFUE.

⁵⁰ Sentenza del 19 febbraio 2002, causa C-309/99.

⁵¹ Cfr. punto 42 della sentenza *Meca-Medina*.

⁵² M. COLUCCI, *L'autonomia e la specificità dello sport nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2006, n. 2, p. 31.

⁵³ C. MIÈGE, *Contrôle d'une réglementation anti-dopage aux regard des règles communautaires de concurrence*, in *La semaine juridique*, 2006, pp. 2224-2229; G. AUNEAU, *L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualifications des règles sportives*, in *Revue trimestrielle droit européen*, 2007, pp. 365-377; P. ICARD, *La spécificité du sport menacée*, in *Dalloz*, 2007, pp. 635-639; J. ZYLBERSTEIN, *Inquietant arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Meca-Medina. - Ou comment deux nanogrammes de nandrolone pourraient bouleverser le sport européen*, in *Cahiers de droit de sport*, 2007, n. 7, pp. 174-192; ID., *Collision entre idéaux sportifs et contingences économique dans l'arrêt Meca-Medina*, *ivi*, pp. 213-237; S. BASTIANON, *Regole sportive*, cit., p. 96.

⁵⁴ In particolare, l'allora Direttore dell'ufficio legale UEFA, Gianni Infantino (dal 26 febbraio 2016 Presidente della FIFA), si preoccupò di che cosa intendesse la Corte al punto 28 della sentenza, dove era stabilito che "se l'attività sportiva di cui trattasi rientra nell'ambito dell'applicazione del Trattato i requisiti per il suo esercizio sono allora sottoposti a tutti gli obblighi derivanti dalle varie disposizioni del Trattato". Cfr. G. INFANTINO, *Meca-Medina: un passo indietro per il modello sportivo europeo e la specificità dello sport*, s.d., reperibile in www.uefa.com.

nomica ai sensi dell'art. 2 TCE, tuttavia il significato di tale statuizione ha inciso notevolmente sul rapporto con il diritto dello sport. Infatti, la decisione della Corte ha comportato che le norme sportive, anche quelle che regolano gli aspetti non economici dell'attività sportiva, debbano essere tutte sottoposte al vaglio del diritto CE/UE, al pari di quelle relative a qualsiasi attività economica. Dunque, la specificità dello sport potrà aver valore non per sottrarre automaticamente tali norme alla disciplina comunitaria, ma per consentire l'applicazione delle relative eccezioni, ove sussistano peraltro ulteriori e ben precise condizioni. La Corte arriva così a qualificare e a trattare lo sport come qualsiasi altra attività economica.

È noto, sul piano generale, che anche le norme che ostacolano o limitano le libertà fondamentali possono essere considerate compatibili col Trattato se soddisfano le seguenti condizioni: non devono essere applicate in modo discriminatorio (misura c.d. indistintamente applicabile); devono essere giustificate da imperiose ragioni di interesse pubblico; devono essere idonee ad assicurare il raggiungimento dello scopo che perseguono; non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento dello stesso⁵⁵.

Dunque il confronto fra il diritto sportivo e i principi comunitari in materia di libera concorrenza porta ad una necessaria rivisitazione del principio di specificità, così come fino a quel momento riconosciuto. In altri termini – e applicando le categorie proposte sopra (par. 2) – si può dire che, secondo la Corte, la *sporting exception* non può mai divenire una *sporting exemption*, ovvero non ci può essere una aprioristica e astratta esenzione dalla disciplina comunitaria.

Nonostante le decise e forti critiche alla sentenza della Corte, il libro bianco⁵⁶ del 2007, pur ribadendo la specificità del diritto sportivo, richiama espressamente il caso *Meca Medina*, conformandosi al nuovo orientamento giurisprudenziale. La Commissione, dunque, da un lato riprende quanto statuito dalla Corte, ma dall'altro lato non trascura le sollecitazioni pregresse delle istituzioni comunitarie e così rafforza la funzione sociale dello sport, raccomandandone la sua espansione.

Proprio alla fine dello stesso anno 2007 viene approvato (entrando in vigore solo nel dicembre 2009) il Trattato di Lisbona, che ha modificato l'art. 149 TCE, ora 165 TFUE, inserendo per la prima volta la parola (e la materia dello) sport in un Trattato. Viene quindi ufficialmente riconosciuta, almeno testualmente, non solo la specificità, ma anche la funzione sociale dello sport. Mentre nello stesso articolo non viene richiamata l'attività economica, confermando che quest'ultima non necessita di una

⁵⁵ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*; 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*; 21 aprile 2005, causa C-140/03, *Commissione c. Grecia*; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 219, aggiunge una quinta condizione è cioè che “la protezione dell'interesse generale sotteso non sia già garantita dalla normativa del paese di provenienza dello stabilimento”. Queste condizioni devono coesistere affinché si possa “derogare al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi” in G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 563. Tra le sentenze sul tema, è interessante ricordare come nella sentenza *Gouda* (del 25 luglio 1991, causa C-288/89) siano state messe in luce alcune tra le c.d. esigenze imperative connesse all'interesse generale, fra le quali figurano le norme professionali intese a tutelare i destinatari di un servizio e la tutela del consumatore.

⁵⁶ Libro bianco sullo sport, dell'11 luglio 2007, COM(2007)391 def., composto da sei capitoli, più quattro allegati: documento di lavoro dei Servizi della Commissione quale sintesi della valutazione d'impatto, SEC(2007)936, il c.d. Piano d'azione De Coubertin, SEC(2007)934, i documenti accompagnatori del Libro Bianco sempre ad opera della Commissione, SEC(2007)935 ed infine la vera e propria valutazione d'impatto, SEC(2007)932.

disciplina *ad hoc*, rientrando nell'ambito dei principi europei già contenuti nelle norme generali dei Trattati.

La vera novità è, dunque, rappresentata dal riconoscimento di un'azione europea, seppur limitata all'attività di promozione e sostegno, dei profili europei dello sport. E così se, da un lato, si ribadisce formalmente la specificità, da altro lato si affida all'UE il compito di tutelare la "funzione sociale ed educativa", di promuovere "l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive, di proteggere l'integrità fisica e morale degli sportivi".

L'art. 165 TFUE dà rilievo, dunque, ad una molteplicità di aspetti che manifestano la complessità della funzione sociale dello sport (e in tale contesto normativo la funzione sociale non si inquadra certo nella specificità dello sport, come ritenuto precedentemente dalle istituzioni europee, dato che i due concetti sono giustapposti ed entrambi costituiscono valori da salvaguardare). Con l'inevitabile conseguenza che lo sport finisce per essere considerato dall'ordinamento UE nella sua globalità. Infatti, come già *supra* ricordato, l'ulteriore aspetto economico era già stato a ragione incluso fin dagli anni '70 dalla Corte di giustizia, perché pienamente rientrante nella disciplina generale dei Trattati (*ex art. 2 TCE*). Ma, ai fini dell'applicazione delle libertà fondamentali e della disciplina *antitrust*, una fattispecie normativa così complessa, come quella che riguarda l'attività sportiva, imporrebbe di individuare quale funzione prevalente sia da riconoscere nel caso concreto. E la nuova disposizione introdotta dal Trattato di Lisbona sembrerebbe trovare applicazione proprio in forza del principio espresso dalla Corte nel caso *Meca Medina* e cioè con un'analisi "caso per caso".

Tale conclusione non stupisce, se si tiene conto che già lo stesso libro bianco del 2007, nel capitolo 4, in tema di specificità, aveva ricordato come "se una certa regola sportiva sia compatibile con le norme dell'UE in materia di concorrenza può essere valutato soltanto caso per caso, come recentemente confermato dalla Corte di giustizia europea nella sua sentenza sul caso *Meca Medina*. La Corte ha fornito un chiarimento per quanto riguarda gli effetti del diritto dell'UE sulle regole sportive, respingendo la nozione di 'regole puramente sportive' in quanto irrilevante per la questione dell'applicabilità al settore sportivo delle norme UE sulla concorrenza".

Inoltre il libro bianco, forse anche per superare alcuni dubbi interpretativi nati dopo la sentenza, ha proposto un'elencazione di quelle norme organizzative dello sport che "– in ragione dei loro obiettivi legittimi – non sembrano violare le disposizioni antitrust del trattato CE, purché i loro eventuali effetti contrari alla concorrenza siano pertinenti e proporzionali agli obiettivi perseguiti": le c.d. "regole del gioco" (ad esempio quelle che fissano la durata delle partite o il numero di giocatori in campo); le norme relative ai criteri di selezione per le competizioni sportive, sulle gare nazionali o sulle partite "in casa" o "fuori casa"; le norme che vietano il cumulo di proprietà di società; la normativa relativa al *doping*; le norme riguardanti i periodi di trasferimento.

Si tratta, come è agevole constatare, di un ambito materiale molto circoscritto (si potrebbe dire, un ambito materiale in cui può presumersi l'irrelevanza per il diritto UE). E tuttavia neppure esso idoneo a escludere del tutto l'applicazione del diritto UE, sebbene eventualmente idoneo a giustificare una deroga, ove la normativa sportiva sia pertinente e proporzionata agli obiettivi.

Questi concetti sono stati ripresi, seppur come vedremo con delle differenze, dalla Commissione nella comunicazione del 2011⁵⁷, nella quale si è affermato che la specificità dello sport non può giustificare un'esenzione generale dell'attività sportiva dal diritto UE, ma deve rappresentare una peculiarità di cui si deve tener conto nel momento in cui si valuta se le regole sportive soddisfano o meno le prescrizioni della normativa europea⁵⁸. Non si può, quindi, parlare di esclusione del diritto sportivo, ma esso, al pari di tutte le discipline di settore, deve risultare conforme ai diritti fondamentali UE, nonché alle libertà fondamentali e alle regole della concorrenza. Si arriva così a definire il "controllo di congruità delle norme sportive sotto le leggi del diritto europeo" come "un compito istituzionale e dovuto"⁵⁹.

4. Come si è sottolineato, lo sport non è preso espressamente in considerazione nell'ambito dei principi che regolano il mercato unico, né nell'ambito delle regole della concorrenza, che tale mercato contraddistingue. È preso, viceversa, testualmente in considerazione nell'ambito delle azioni di sostegno, promozione e coordinamento (art. 6 TFUE) e, specificamente, nell'ambito del titolo XII della parte III del Trattato, che riguarda l'istruzione, la formazione professionale, gioventù e, appunto, sport (art. 165).

L'assenza di specifica disciplina nel quadro del primo plesso normativo, tuttavia non comporta che lo sport sia sottratto alle relative regole. Esso, infatti, non è espressamente escluso dall'ambito di applicazione delle stesse, sicché non si può parlare, come si è visto, di esenzione. Non è testualmente ricompreso neppure tra le eccezioni ivi previste, sicché occorrerà verificare "caso per caso" se possa rientrare, a seconda della fattispecie, in talune di esse e a quali condizioni.

Pare chiaro, comunque, che a livello europeo non si possa parlare di completa separazione dell'ordinamento sportivo. Già l'assoggettamento alle regole del mercato interno e della concorrenza comporta una piena (o tendenzialmente piena) integrazione, che è confermata dall'azione positiva prevista al riguardo dal TFUE. Infatti, la ricomprensione dello sport tra le attività di sviluppo e di sostegno all'azione degli Stati membri fa sì che esso rientri tra i compiti intestati all'UE, a loro volta coerenti con gli obiettivi di cui all'art. 3 TUE. Si tratta di un importante riconoscimento dei valori dello sport, che da un lato consente di dare una base giuridica più solida ad eventuali impegni finanziari da parte dell'UE (essenzialmente sub

⁵⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 18 gennaio 2011, *Sviluppare la dimensione europea dello sport*, COM(2011)12 def.

⁵⁸ Riguardo alla posizione assunta dalla Commissione è stato puntualmente affermato in dottrina che la essa ha chiaramente definito l'ambito del diritto UE. Secondo S. BASTIANON, *Regole sportive*, cit., p. 97: "Considerato nella sua generalità (diritti fondamentali, libera circolazione, divieto di discriminazione, concorrenza, ecc.) non possono esistere regole puramente sportive, in quanto tali automaticamente sottratte alla sfera di applicazione della legislazione europea, posto che tutte le regole relative all'organizzazione e alla gestione dello sport, ivi comprese le regole del gioco, sono pienamente soggette al diritto dell'Unione europea ogniqualvolta lo sport assuma i connotati di un'attività economica. Pertanto, anche le regole del gioco, al pari di ogni altra regola sportiva, devono ritenersi assoggettate al diritto dell'Unione europea con l'ulteriore conseguenza per cui, ove restrittive di talune libertà e/o diritti conferiti dai Trattati, tali regole potranno essere dichiarate compatibili con il diritto dell'Unione europea solo se perseguono scopi legittimi e gli eventuali effetti restrittivi di tali regole sono intrinseci al perseguimento degli obiettivi e commisurati a quest'ultimi".

⁵⁹ J. TOGNON, *Diritto e politiche*, cit., p. 87.

specie di cofinanziamento), dall'altro consente anche interventi diretti "a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi". Sebbene il riferimento alla dimensione europea dello sport non risulti molto perspicuo, si può pensare che intenda evocare la dimensione degli interessi coinvolti e, dunque, il carattere sussidiario dell'intervento europeo, per quegli aspetti del fenomeno sportivo che esorbitano dall'ambito di interesse (e di competenza) dei singoli Stati UE.

Si pensi, ad esempio, al regolamento che ha istituito "Erasmus+: il programma UE per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport" per il periodo 2014-2020. Infatti, in linea con uno dei nuovi elementi introdotti nel Trattato di Lisbona, il programma Erasmus+ persegue l'obiettivo dello sviluppo della dimensione europea dello sport attraverso varie azioni volte a "contrastare le minacce all'integrità dello sport", quali ad esempio il *doping*, a "promuovere e a sostenere la buona *governance* nello sport e la duplice carriera" e a "promuovere le attività di volontariato nello sport unitamente all'inclusione sociale, alle pari opportunità e alla sensibilizzazione sull'importanza dell'attività fisica a vantaggio della salute"⁶⁰.

Particolarmente rilevante è il riferimento alla specificità dello sport, che, come si è visto, è stata oggetto di attento studio delle istituzioni europee e che è stata estesa fino a ricomprendere non solo la regolarità ed il funzionamento dei campionati, l'integrità e l'autenticità delle competizioni e l'equilibrio competitivo⁶¹, ma anche le particolarità delle strutture sportive e dunque delle varie organizzazioni dello sport, collegate tra di loro in forma piramidale e facenti capo al CIO⁶². Del resto gli "organismi responsabili dello sport" sono espressamente riconosciuti come interlocutori delle istituzioni europee dal citato art. 165, come pure si è visto.

Nel quadro dell'attività di cooperazione e sostegno la specificità dello sport è considerata un valore ("tenuto conto delle sue specificità") da rispettare. Sicché le relative azioni, che pure sono azioni positive di promozione dello sport, devono essere sviluppate senza compromettere tali caratteristiche.

D'altra parte, come pure si è accennato e come pare di facile rilievo, la specificità dello sport presenta caratteri per certi aspetti discriminatori (connessi alla rilevanza

⁶⁰ Cfr. art. 16 del regolamento (UE) n. 1288/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013.

⁶¹ Cfr. il rapporto indipendente sullo sport della Conferenza ministeriale del 27 novembre 2006 ad opera dell'ex Ministro del Governo portoghese José Luís Arnaut, ove si suggeriva che la specificità dello sport poteva essere articolata in tre categorie principali che riguardano le norme e le pratiche relative a: 1. *regolarità e funzionamento dei campionati*, nei quali l'autonomia sportiva non poteva essere limitata dalle norme comunitarie, e le decisioni nelle materie (come la disciplina dei trasferimenti, i regolamenti da seguire in campo, la struttura dei campionati e i calendari) dovevano rimanere agli organi sportivi. Anche il *doping* veniva ritenuta una materia puramente sportiva e quindi anche la sua regolamentazione doveva essere lasciata a sportivi esperti (sulla questione del doping è interessante fin d'ora sottolineare come il rapporto fosse dello stesso anno della già citata sentenza della Corte sul c.d. caso *Meca Medina*); 2. *integrità ed autenticità delle competizioni*, riconoscendo l'importanza di regole autonome sul controllo finanziario e sulla proprietà dei club: un esempio importante è il sistema di licenze per club della UEFA; 3. *equilibrio competitivo*, che veniva visto come necessario per garantire l'attrattiva dello sport, in particolare del calcio, e che veniva messo in discussione dalla sempre più ampia concentrazione di risorse economiche.

⁶² Cfr. libro bianco sullo sport.

di alcune caratteristiche quali il sesso, l'età, il peso, le quote nazionali, ecc.). Sicché sorge naturale il quesito se detta specificità possa essere considerata un limite anche ai ben noti principi di non discriminazione, che si accompagnano alle libertà fondamentali. Sarebbe illogico rispettare la specificità dello sport per le azioni di sostegno ed escluderne ogni portata derogatoria ai principi dei Trattati, che tali caratteristiche espressamente vietano. Così come sarebbe illogico riconoscere l'importante valenza sociale dello sport e nel contempo comprimerne le sue potenzialità. Si ritorna così ai problemi di coordinamento tra la normativa generale e la disciplina prettamente sportiva, che può rivelarsi di per sé incompatibile con la prima.

La problematica riguarda in particolare quei rapporti in cui vi è o vi può essere sovrapposizione di norme, contenenti discipline tra di loro contrastanti: il riferimento è anzitutto agli aspetti economici dello sport e alla disciplina europea sulla concorrenza e sul divieto degli aiuti di Stato. Si tratta di stabilire se si può enucleare un criterio interpretativo unitario, pur nella eterogeneità dei settori normativi (europei), che possono essere interessati da vicende del mondo dello sport.

Fermo restando l'ovvio primato del diritto europeo e la già constatata mancanza di ogni esenzione aprioristica dell'attività sportiva rispetto alle regole dei Trattati, occorre approfondire come caso per caso si dipanano detti rapporti. E in particolare se, quando e a quali condizioni le regole sportive, pur rilevanti a livello di diritto europeo, possano beneficiare di deroghe idonee a consentire lo sviluppo di un'attività, che, del resto, è considerata dagli stessi Trattati di importanza fondamentale ai fini dell'educazione, della salute e della coesione sociale.

La sentenza più significativa, che interviene alla luce dell'operatività del nuovo Trattato e sottolinea il valore sociale⁶³ dello sport, è quella sul caso *Bernard*⁶⁴. La Corte, infatti, riconosce rilevanza economica all'attività di formazione del singolo atleta, ma nel contempo inquadra tale attività di formazione dell'atleta nell'ambito della funzione sociale ed educativa dello sport, cui attribuisce rilievo determinante o, comunque, preminente. Dunque, l'aspetto economico è assolutamente secondario e strumentale, tant'è che il compenso per l'attività di formazione deve essere proporzionato all'"obiettivo di incoraggiare l'ingaggio e la formazione dei giovani giocatori". Tale scopo deve essere perseguito dalle società sportive per dare attuazione alla funzione sociale ed educativa dello sport. L'aspetto economico appare, quindi, addirittura marginale, atteso che consiste in un mero rimborso delle spese sostenute, senza costituire un vero e proprio vantaggio per la società, che ha atteso alla formazione, ed è destinato ad evitare un pregiudizio che porterebbe a disincentivare la società medesima dal perseguire l'obiettivo di formazione ed educazione, espressamente tutelato dal Trattato.

Ciò che è importante sottolineare, non è tanto il riconoscimento del valore sociale dello sport di per sé considerato, poiché mai nessuno lo aveva messo in dubbio anche quando era considerato dagli organismi sportivi un punto di forza per sot-

⁶³ Cfr. sul ruolo sociale dello sport *ex multis* S. SMISMANS, *The European Social Dialogue Between Constitutional and Labour Law*, in *European Law Review*, 2007, p. 342; S. BASTIANON, *La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 391-411; A. PAPISCA, *Diritti umani e sport nell'anno europeo del dialogo interculturale*, in J. TOGNON (a cura di), *op. cit.*; S. MARASSI, *Il dialogo sociale europeo nel settore sportivo*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2011, n. 2, pp. 45-65.

⁶⁴ Sentenza del 16 marzo 2010, causa C-325/08.

tolineare la loro autonomia (nell'ambito della specificità del diritto sportivo), quanto la sua innovativa collocazione nell'ambito dell'interesse generale. La Corte ha, così, giudicato compatibile col diritto di libera circolazione una misura restrittiva, non già perché ha riconosciuto in essa una regola puramente sportiva (*ex se* priva di valore economico), sibbene perché l'ha riconosciuta giustificata da motivi imperativi di interesse generale, e come tale, idonea a perseguire uno scopo legittimo.

Viene così dato rilievo ad una categoria (motivi imperativi di interesse generale), che per il Trattato può costituire una legittima eccezione all'applicazione (per altro verso inderogabile) dei precetti sulle libertà fondamentali. Sicché il diritto sportivo entra nell'ambito di applicazione del diritto UE non solo come attività assoggettata ai relativi principi e precetti generali, ma anche come attività che può essere ricompresa nelle relative eccezioni. E tale eccezione (il costituire motivo imperativo di interesse generale) scaturisce ancora una volta, più che da caratteristiche intrinseche della disciplina sportiva (normativa tecnica), dal riconoscimento del ruolo sociale dello sport, consacrato ora espressamente dall'art. 165 TFUE, nel frattempo entrato in vigore.

Tuttavia non basta che la misura derogatoria sia espressione di motivi imperativi di interesse generale. È necessario altresì che sia idonea allo scopo e che non ecceda quanto necessario per perseguirlo⁶⁵. Viene così in rilievo il principio di proporzionalità (idoneità e necessità sono due dei criteri in cui si articola detto principio)⁶⁶. E tale principio è, in questo caso, applicato non già sul versante della regola (osservanza delle libertà fondamentali), sibbene sul versante dell'eccezione (che, per poter derogare a dette libertà, deve presentare tutte le caratteristiche testé richiamate).

La giurisprudenza ulteriore ha confermato più volte detta impostazione, anche con riferimento alle possibili deroghe alla disciplina della libera concorrenza (sentenza c.d. *decoder greco*)⁶⁷ e persino al diritto di proprietà (controversie promosse

⁶⁵ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti del 24 novembre 1976, causa 41/76, *Donckerwolcke*; sentenze della Corte di giustizia dell'11 settembre 2008, causa C-141/07, *Commissione c. Germania*; nonché del 3 settembre 2000, causa C-58/98, *Corsten*; dell'8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL*; del 7 giugno 2007, causa C-254/05, *Commissione c. Belgio*; del 13 marzo 2008, causa C-227/06, *Commissione c. Belgio*

⁶⁶ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*; 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione c. Italia*, richiamata dalla sentenza del 2 settembre 2010, causa C-108/09, *Ker-Optika bt*.

⁶⁷ In data 4 ottobre 2011 la Corte di giustizia si è pronunciata sulle cause riunite C-403 e 429/08 sulla questione pregiudiziale sottoposta dalla High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (UK) nonché dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (UK), con decisioni 11 e 28 luglio 2008, avente ad oggetto il sistema di licenze per la trasmissione degli incontri di calcio. Con tale sentenza la Corte compie un passo importante nella tutela della concorrenza, già in qualche modo annunciato con la sentenza *Bernard* per quanto riguarda le libertà fondamentali. Ed, infatti, il calcio viene posto su un piano preminente rispetto agli aspetti economici o, per meglio dire, viene posto su un piano preminente l'interesse sportivo, a prescindere dall'aspetto economico pur collegato allo stesso sport. Testualmente l'Avvocato generale afferma: "non si tratta di un interesse individuale di tipo commerciale, ma di un interesse primariamente sportivo che deve essere riconosciuto, in via di principio, nel diritto dell'Unione. Ciò si evince dalle competenze di promozione dell'Unione nel settore della politica dello sport introdotte con il Trattato di Lisbona (artt. 6, lett. e, 165 TFUE). Esse obbligano, in particolare, a tener conto delle specificità dello sport e delle sue strutture fondate sull'impegno volontario. Dal punto di vista economico sarebbe sicuramente più attraente consentire la trasmissione in diretta" (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 3 febbraio 2011, punto 207). La Corte ha sottolineato come il carattere economico dello sport non è l'unico ele-

da Sky⁶⁸ e da FIFA e UEFA⁶⁹. E, sebbene la Corte risulti ferma nel ritenere (e ribadire) che la compatibilità con il Trattato di una regola derogatoria del diritto sportivo debba essere valutata “caso per caso” e senza categorie prestabilite, è chiaro

mento determinante, dato che può essere confrontato e superato dal valore sociale, nel momento in cui quest'ultimo rientra nell'interesse generale che deve essere perseguito e tutelato dall'ordinamento europeo, se ed in quanto rientra nelle eccezioni previste dai Trattati. Se, viceversa, fossero stati ritenuti illegittimi e contrari al diritto UE i *decoder* stranieri, sicuramente si sarebbe potuto sostenere che era stato difeso il carattere economico, insito nelle trasmissioni sportive, in via esclusiva a beneficio degli stessi organizzatori sportivi (e così dei club che ne fanno parte). Per una più ampia analisi della sentenza cfr. S. DE VRIES, *Sports, TV and IP Rights: Premier League and Karen Murphy*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 591-622.

⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*. In questo caso essa ha ritenuto conforme alla normativa UE il diritto di trasmettere in chiaro i brevi estratti di cronaca, senza che questo diritto concesso da Sky (proprietaria dell'evento in esclusiva) potesse avere alcun compenso. Tutto questo per la necessità di salvaguardare la libertà fondamentale di tutti di ricevere informazioni così come stabilito dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE. Per giungere, dunque, a questo obiettivo la stessa Corte ha dichiarato come una disciplina meno restrittiva non avrebbe garantito la sua realizzazione (punto 55 della sentenza). Per questi motivi le limitazioni e le ingerenze alla libertà d'impresa sono conformi al principio di proporzionalità così come sancito dall'art. 52 della Carta. Dunque, ogni emittente televisiva, stabilita nell'Unione, può trasmettere brevi estratti di cronaca, di eventi di grande interesse pubblico, oggetto di esclusiva da parte di un'altra emittente nello stesso Stato membro, poiché ciò “è perfettamente in linea con gli obiettivi legittimamente perseguiti dalla normativa comunitaria in materia, purché si tratti di brevi estratti di cronaca utilizzati per notiziari di carattere generale di durata non superiore a 90 secondi” (così M. SPATARO, *Diritti televisivi in esclusiva: si alla trasmissione di brevi estratti. Corte di Giustizia UE, sez. grande, sentenza 22.01.2013 n. C-283/11*, 15 febbraio 2013, www.altalex.com).

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2013, cause riunite C-201, 204 e 205/11, ove essa ha sottolineato come assistere alla riproduzione televisiva di un avvenimento sportivo, considerato di grande rilevanza, risponde non solo ad un'aspettativa di essere informati, ma corrisponde ad aspettativa di partecipazione, per quanto passiva, all'evento stesso, vivendo il fenomeno sportivo e fruendo degli entusiasmi e dei messaggi che dallo stesso promanano. Proprio sotto tale prospettiva la trasmissione televisiva dell'evento sportivo coopera alla diffusione dello sport e alla espansione della funzione sociale e di integrazione sociale, che è da tempo coltivata dalle istituzioni europee. Ancora una volta una lettura ragionata del caso e delle norme oggi in vigore dopo il Trattato di Lisbona porta a concludere che la competenza complementare UE in materia di sport è la chiave di lettura per l'affermazione del ruolo sociale dello sport anche tramite (e forse a maggior ragione) i diritti media e di trasmissione dell'evento sportivo in sé. Non solo, ma è lo stesso Avvocato generale Jääskinen (conclusioni del 12 dicembre 2012, punto 122) che ricorda come questo bilanciamento di interessi può essere compiuto direttamente dal legislatore UE. Nel caso di specie, dunque, la misura adottata dal Regno Unito, cioè di trasmettere in chiaro la fase finale degli Europei di calcio, era giustificata dal grande interesse che la nazionale di calcio ingenera anche per le persone che abitualmente non seguono il calcio, giustificando così, anche rispettando il c.d. principio di proporzionalità, le ragioni dell'interesse generale alla base della decisione nazionale stessa. In ogni caso, attraverso il superamento del dualismo – funzione economica e non economica – dello sport, la Corte è riuscita ad occuparsi anche dell'attività sportiva c.d. non economica, non solo perché vi deve essere un'analisi “caso per caso” e quindi non si può escludere a priori l'applicazione del diritto dell'Unione senza un'analisi nel caso concreto (così come richiesto già dalla sentenza *Meca Medina*), ma anche perché lo stesso sport, o meglio il suo valore sociale, può essere alla base di un interesse pubblico generale tutelato dal diritto UE. Nella sentenza del 18 luglio 2013, causa C-201/11, *UEFA c. Commissione* (c.d. *FIFA-UEFA*), la Corte è giunta, così, a privilegiare, con riguardo alla necessaria ponderazione degli interessi, che ormai può essere compiuta anche nel diritto sportivo dalle istituzioni UE, l'accesso del pubblico all'informazione rispetto all'autonomia contrattuale e al diritto di proprietà degli “organismi sportivi” (punto 50). Per una più ampia analisi della sentenza v. G. GRECO, *Il valore sociale dello sport: un nuovo limite alla c.d. specificità?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 815 ss.

che risulta ormai elaborato un “*iter*” logico costante, che consente di operare detta valutazione, sulla base di parametri di riferimento ben definiti.

Alla luce anche di quest’ultime sentenze, viene in rilievo come, dopo il Trattato di Lisbona, il valore sociale dello sport abbia acquisito sempre maggiore importanza, tanto da dover essere tutelato e preservato anche dalle stesse istituzioni europee e, in particolare, dalla Corte di giustizia.

5. Si è constatato, al riguardo, che l’attività sportiva non è espressamente menzionata dal TFUE tra le possibili deroghe alla (ferrea) disciplina, che garantisce le libertà fondamentali (libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali) e la concorrenza delle imprese. È considerata, viceversa, tra le attività di sostegno, coordinamento e completamento dell’azione degli Stati membri (articoli 6 e 165 TFUE) e, in tale ambito, l’Unione ne riconosce la specificità, il rilievo delle sue strutture fondate sul volontariato e la sua funzione sociale ed educativa. Le norme sportive, dunque, sono pienamente soggette alla disciplina dei Trattati, sia perché non esenti dall’applicazione delle regole generali sopra richiamate, sia perché oggetto di possibili interventi delle istituzioni europee. Ma il riconoscimento della specificità e della funzione sociale dell’attività sportiva (e più in generale della necessaria conservazione e promozione dei valori dello sport, che hanno rilievo fondamentale ai fini dell’educazione, della salute e della coesione sociale) non poteva non ripercuotersi anche sul problema della integrale applicazione delle regole dei Trattati. E ciò in particolare allorché la specificità dello sport presenta caratteristiche (quali il rilievo nell’attività sportiva del sesso, dell’età, del peso, delle quote nazionali, ecc.) per certi aspetti confliggenti con i principi di non discriminazione⁷⁰, di libera circolazione dei lavoratori, ecc.

La risposta a tali problemi, quando non è arrivata dal diritto positivo (come ad esempio, in tema di aiuti di Stato)⁷¹, è stata di tipo giurisprudenziale. E si è visto che

⁷⁰ Si pensi ad esempio all’esistenza di competizioni separate e distinte per uomini e donne, che da sempre “viene considerata la *golden rule* del movimento sportivo, pur essendo palesemente discriminatoria, senza alcuna necessità di interrogarsi sul carattere proporzionato di tale discriminazione”: cfr. S. BASTIANON, *Gli effetti giuridici ed economici della sentenza Bosman*, in S. BASTIANON (a cura di), *L’Europa e lo sport*, cit., p. 49.

⁷¹ La vicenda relativa agli aiuti di Stato costituisce una prima risposta di diritto positivo. Infatti, le regole sugli aiuti di Stato si applicano a interventi pubblici sul mercato al fine di garantire che essi non falsino la concorrenza, favorendo in modo selettivo uno dei partecipanti del mercato rispetto ad un altro. Lo sport professionistico, come si è visto, è un’attività economica. Le squadre di calcio fanno attività di *marketing*, di *merchandising*, nonché attività economica con il trasferimento di giocatori (come più volte sottolineato dalla Corte di giustizia), competendo anche a livello internazionale. In molti casi, i club di calcio professionisti hanno un significativo fatturato. Le regole sugli aiuti di Stato fanno sì che il finanziamento pubblico non falsi la concorrenza tra i club, proteggendo la parità di condizioni per la maggior parte dei club professionisti, che devono operare senza sovvenzioni. Si tratta di comprendere se sia una disciplina speciale o se i criteri che ne sono alla base (eccezioni giustificate da ragioni primarie di interesse pubblico, idonee allo scopo e non ultronee rispetto ad esso) possano essere generalizzati. Del resto che l’art. 107 TFUE si applichi agli aiuti pubblici aventi per destinatari le società professionistiche sportive è dimostrato anche dalle tante decisioni della Commissione, ad esempio nei confronti dell’Olanda per i benefici accordati alle locali squadre di football (cfr. decisioni (UE) 2016/1991, 2016/1847, 2016/2078, 2017/97, 2016/1848 del 4 luglio 2016) e nei confronti della Spagna per le misure di sostegno pubblico concesse a sette squadre di calcio professionistiche che hanno dato a quei club un vantaggio sleale rispetto ad altri club: cfr. decisione (UE) 2016/2391 del 4 luglio 2016 sugli aiuti di Stato SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN), impugnata dall’FC Barcellona con ricorso

la Corte di giustizia, pur adottando (da ultimo) un approccio particolarmente restrittivo (un'attività di rilievo economico tale rimane e non muta qualificazione per esigenze proprie del mondo sportivo), ha più volte riconosciuto un trattamento derogatorio rispetto alle regole vincolanti delle libertà fondamentali e della concorrenza: in tali casi le esigenze del mondo sportivo sono state apprezzate alla stregua di "motivi imperativi di interesse generale", come tali idonei a giustificare dette deroghe.

Si è passati così da un'ipotesi di esenzione totale del diritto sportivo, prima degli interventi della Corte di giustizia degli anni '70⁷², a un'inclusione dello sport per i soli profili di rilievo economico e non correlati a norme puramente sportive. Si è poi giunti ad una possibile inclusione anche di questi ultimi aspetti sulla base di una valutazione caso per caso della loro rilevanza nell'ordinamento europeo, fino a individuare possibili eccezioni alle regole dei Trattati, basate su precisi motivi imperativi di interesse generale.

Ma come sarebbe cambiata la giurisprudenza se fin dagli anni '70 il valore sociale dello sport fosse stato apprezzato come motivo imperativo di interesse generale?

Se si analizzano le sentenze della Corte di giustizia forse si può arrivare alla conclusione che il risultato non sarebbe cambiato. Infatti, ad esempio, la Corte nella sentenza *Walrave* avrebbe comunque potuto concludere che esulasse dal divieto di non discriminazione la composizione di squadre sportive nazionali. Tuttavia tale esenzione non sarebbe più derivata dalla natura tecnico-sportiva della normativa pertinente, quanto dall'interesse generale dei consociati a vedersi rappresentare nella nazionale

proposto il 7 dicembre 2016, causa T-865/16, e dall'Athletic Club Bilbao con ricorso proposto in data 26 settembre 2016, causa T-679/16; cfr. decisione (UE) 2016/2393 relativa all'aiuto di Stato SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN), impugnata dal Real Madrid con ricorso proposto in data 14 novembre 2016, causa T-791/16; decisione del 4 luglio 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.36387 (2013/C) (ex 2013/CP), impugnata dall'Hércules con ricorso in data 7 novembre 2016, causa T-766/16, e dal Valencia con ricorso proposto in data 20 ottobre 2016, causa T-732/16. Allo stesso modo viene applicata anche la normativa derivata, comportando che, come per tutte le altre categorie, anche per lo sport, l'aiuto di Stato per piccoli club amatoriali o società *no profit* è sempre ammesso, così come è generalmente ammesso (così A. PEDICINI, T. TIANI, *Lo sport e le risorse finanziarie nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2012, p. 53 ss.) l'aiuto per le infrastrutture sportive con un bacino d'utenza puramente locale (così in tema di aiuti in favore degli impianti a fune, decisione della Commissione del 27 febbraio 2002, C (2002) 599). Infatti, anche con il nuovo regolamento di esenzione n. 651/2014, la Commissione riconosce che "gli aiuti agli investimenti per le infrastrutture sportive, nella misura in cui costituiscono aiuti di Stato, dovrebbero beneficiare dell'esenzione per categoria purché soddisfino le condizioni di cui al presente regolamento", e devono essere trattati come tutte le altre categorie rientranti nel suddetto regolamento (infatti, come si evince nel libro bianco del 2007 (punto 3.2), è la stessa Commissione che ricorda che "capisce l'importanza degli aiuti pubblici allo sport di base, ed è a favore di un tale sostegno, se fornito in conformità del diritto comunitario"). Ne deriva, dunque, che lo sport, in sé considerato, non costituisce una causa di automatica compatibilità di ogni possibile aiuto. Ed è lo stesso regolamento che, al capo I, riprende espressamente l'art. 165 TFUE, ricordando come esso riconosca "l'importanza di promuovere aspetti inerenti allo sport in Europa, tenendo conto della specificità dello sport, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa". Esplicito, quindi, il richiamo all'art. 165 TFUE, che potrà verosimilmente ampliare il campo di applicazione di detto regolamento con tutti quegli aiuti pubblici allo sport, che saranno coerenti con dette azioni di sostegno, coordinamento e completamento promosso dall'Unione medesima. Si potranno così ipotizzare azioni di sostegno (ed anche aiuti pubblici) per le piccole società sportive, per quelle dei semi professionisti, dei dilettanti, dei disabili, degli sport minori e così via.

⁷² In tal senso M. SANINO, *Giustizia sportiva*, Milano, 2016, p. 135, ricorda che "le Federazioni sportive, infatti, hanno dovuto prendere atti che la specialità dell'Ordinamento Sportivo, così come era stato fino ad allora inteso, non avrebbe potuto resistere a lungo all'irrompere del Diritto Comunitario".

da propri concittadini: il che, unitamente al valore sociale che le competizioni internazionali presentano, avrebbe ben potuto costituire un motivo imperativo di interesse generale, tale così da giustificare la deroga all'applicazione delle norme del Trattato.

Non sarebbe dunque cambiato il risultato, ma sarebbe mutato il rapporto tra i due ordinamenti. Mentre, infatti, attraverso l'*iter* a suo tempo utilizzato dalla Corte l'eccezione (o addirittura l'esenzione) derivavano dalla specificità dello sport, che, in quanto disciplinato da una normativa tecnica e puramente sportiva, risultava irrilevante per i Trattati, ora può scaturire anche dall'inserimento del valore sociale all'interno dei motivi imperativi di interesse generale, che già da tempo la stessa giurisprudenza della Corte ha riconosciuto come deroga ammessa alle libertà fondamentali sancite dai medesimi Trattati⁷³. La non applicazione, dunque, che prima derivava *ex se* direttamente dall'ordinamento sportivo, ora può derivare da un vaglio di compatibilità con il diritto europeo effettuato sulla base dei criteri indicati dalla Corte di giustizia.

In altri termini, credo si debba riconoscere ancora una vasta area del diritto sportivo, che non interferisce con il diritto europeo, a causa della sua irrilevanza. Non si vede, infatti, come possa rilevare col diritto UE una disciplina che, ad esempio, regoli la turnazione degli arbitri in un torneo regionale di calcio a cinque o una normativa che specifichi come debba essere allestito lo spogliatoio per la squadra ospite. Tale irrilevanza non coincide – o non coincide più – con le norme tecniche o le norme “puramente sportive”, che, attraverso una valutazione “caso per caso”, possono comunque ricadere nell'ambito di applicazione del diritto europeo. Tanto più se si tratta di una disciplina con sicura ricaduta (o valenza) di carattere economico. Ma l'assoggettamento alle regole generali del Trattato non preclude l'ammissibilità di una disciplina derogatoria applicata all'attività sportiva. Una volta, infatti, che si riconosca al funzionamento del sistema sportivo (e, dunque, a tutte le attività sportive “omologate” e riconducibili al sistema internazionale, che fa capo al CIO) un rilievo di interesse generale, tale da configurare un motivo imperativo, appunto, di interesse generale, la possibilità di deroga risulta giuridicamente consentita.

Quest'ultima impostazione, che ha avuto come capostipite la sentenza *Bernard*, potrebbe quindi dare una risposta e superare i problemi sollevati dalla sentenza c.d. *Meca Medina*. Infatti, come già sottolineato, dopo tale sentenza furono molte le critiche provenienti dal mondo sportivo, poiché tutte le norme sportive, comprese quelle disciplinari e regolamentari, avrebbero potuto essere sottoposte al vaglio della Corte di giustizia. Così, ad esempio si sarebbe potuto porre alla sua valutazione l'esistenza di competizioni separate e distinte per uomini e donne rispetto al principio di non discriminazione. Tuttavia, l'inserimento del valore sociale dello sport, nell'ambito concettuale di un motivo imperativo di interesse pubblico generale, fa sì che anche dette norme, che sono alla base del movimento sportivo, possano essere tutelate.

Il passaggio dunque dall'esenzione, correlata all'esistenza di una norma tecnico-sportiva, all'eccezione correlata al valore sociale dello sport, che può costituire motivo imperativo di interesse generale, può forse spiegare anche le ragioni per le quali⁷⁴ il libro bianco del 2007 facesse riferimento solo all'oggetto delle norme,

⁷³ Cfr. *ex multis* le sentenze della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe c. Cassis de Dijon*; 17 giugno 1981, causa 113/80, *Commissione c. Irlanda*; 26 aprile 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders e a.*; 7 maggio 1997, cause riunite C-321 e 324/94, *Pistre*.

⁷⁴ Non risultava, infatti, chiaro il perché la Commissione, per descrivere la specificità dello sport, avesse fatto riferimento nel libro bianco del 2007 all'oggetto delle norme, mentre nel 2011 agli obiettivi

mentre la comunicazione del 2011 sullo sviluppo della dimensione europea dello sport⁷⁵ abbia fatto riferimento solo agli obiettivi perseguiti dalle norme sportive⁷⁶.

Tuttavia, com'è noto⁷⁷, ai fini dell'ammissibilità della deroga non basta che le misure dell'"ordinamento sportivo" perseguano un interesse generale, ma vi deve essere coerenza tra gli obiettivi e gli effetti restrittivi, rispettando così il c.d. principio di proporzionalità. Spetta, dunque, a tutti i protagonisti del mondo sportivo, e, in particolare, agli organismi interni all'ordinamento sportivo, effettuare tali valutazioni: ben sapendo, tuttavia, che esse sono giustiziabili e che, in caso di dubbi interpretativi, spetta alla Corte di giustizia l'ultima parola.

Tutto ciò non può non avere ricadute in ordine ai problemi di rapporti tra ordinamenti e di autonomia del mondo sportivo. Quanto al rapporto tra ordinamenti, non pare che si possa parlare di separazione, neppure facendo leva sulla indubbia specificità dello sport (costituita dalle sue norme tecniche, dalla sua organizzazione piramidale e internazionale, ecc.)⁷⁸. Una volta, infatti, che non risulti escluso che anche la normativa puramente sportiva può rilevare e cadere nell'ambito di applicazione dei Trattati, l'integrazione risulta palese. Né in senso contrario vale rilevare che anche in detto contesto la specificità dello sport (insieme alla sua valenza sociale) può consentire una deroga alla disciplina generale dei Trattati. Non si tratta, infatti, di esenzione o di eccezione "esterna", dovuta alle necessità di coordinamento con un ordinamento separato, sibbene di eccezione "interna", in quanto derivante dal regime delle deroghe previste dallo stesso ordinamento europeo.

Se, peraltro, si passa dal problema del rapporto tra ordinamenti a quello dell'autonomia delle istituzioni sportive il quadro non può non cambiare. Queste ultime, infatti, mantengono la più ampia autonomia per quel che concerne tutta la vasta area di regole (e di attività), che risulta tuttora irrilevante per il diritto europeo. E anche nell'ambito delle regole (e delle attività) che, viceversa, subiscono l'impatto del diritto europeo, paiono recuperare ulteriori margini di autonomia, proprio in base alla giurisprudenza sulle eccezioni correlate a motivi imperativi di interesse generale. Vero è che tali eccezioni devono essere conformi al principio di proporzionalità e sono soggette in definitiva al vaglio di legittimità della Corte di giustizia. Ma all'interno di tali limiti – che poi sono quelli consueti, cui sono assoggettate tutte le attività di interesse generale – l'autonomia normativa, amministrativa e negoziale può esprimersi con ampia latitudine e originalità, sia per quel che concerne le scelte operative, sia per quel che concerne gli indirizzi fondamentali e di autogoverno del settore.

legittimi perseguiti: cfr. S. BASTIANON, *Sport, antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 485.

⁷⁵ COM(2011)12 def.

⁷⁶ *Ivi*, punto 4.2.

⁷⁷ Cfr. *supra*, par. 3, partic. nota 57.

⁷⁸ Il carattere indefinito della c.d. specificità dello sport è evidente anche se si considera che nel tempo ha avuto ambiti di applicazione differenti: basti rilevare che solo due tipologie di norme/obiettivi (regole del gioco e doping/tutela della salute degli atleti) sono state contemplate sia nel libro bianco del 2007, sia nella comunicazione del 2011, risultando le altre difformi. Infatti, nel primo le altre norme rientranti nella c.d. specificità erano: la selezione degli atleti per le competizioni sportive; le gare in "casa" e "fuori casa"; il divieto di cumulo di proprietà; la composizione delle squadre nazionali e i periodi di trasferimento degli atleti, mentre nella comunicazione del 2011 gli obiettivi perseguiti erano: la correttezza competizioni sportive; l'incertezza dei risultati; la promozione del reclutamento e della formazione dei giovani atleti e la stabilità finanziaria dei club.

In conclusione, si può tentare di dare una valutazione di sintesi del rapporto della disciplina sportiva con l'ordinamento europeo. E al riguardo, anche per le fattispecie rilevanti per il diritto europeo, non pare azzardato parlare di autonomia, nei limiti peraltro del principio di proporzionalità, che si impone nel quadro di un sistema complessivo fortemente integrato.

Abstract

European Sports Law, between Specificity, Economic Relevance and Overriding Reasons of General Interest

The most recent European case law has, once again, raised the question on whether sports law can be regarded as an original and separate branch of legal systems. At European level, sports law is deeply integrated in the legal system and, therefore, it is subject to its regulations. This phenomenon is however mitigated by the social function of sport, which, together with technical regulations, provides an important area of legislative, organizational and judicial autonomy to sports law. The ordering principle between sports law and the European legal system is thus identified in the principle of proportionality. This principle is suitable on the one hand to identify the limits of the interference of the national legal system and, on the other, to 'measure' and justify the extent of the exceptions granted to sports law⁶⁶.

Alessandro Rosanò*

La migliore offerta, ovvero il principio del *ne bis in idem* tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulla normativa italiana, internazionale e sovranazionale in materia di *ne bis in idem*. – 3. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di *idem* e abusi di mercato. – 4. La giurisprudenza della CGUE in materia di *idem* e abusi di mercato. – 5. La giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in materia di *idem* e abusi di mercato. – 6. La migliore offerta: chi è più garantista? – 7. L'applicabilità e l'estensione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 8. Conclusioni.

1. “Gli Stati europei sono di fronte ad un dilemma. Per assicurare l'integrità dei mercati europei e rilanciare la fiducia degli investitori nei mercati, hanno creato illeciti amministrativi di ampia portata, basati sulla condotta, i quali puniscono il rischio astratto di danno al mercato con pene pecuniarie e non pecuniarie, severe e di importo imprecisato, definite sanzioni amministrative ed inflitte da autorità amministrative “indipendenti” nell'ambito di procedure inquisitorie, non egualitarie e sbrigative. Queste autorità dispongono di poteri sanzionatori ed inquisitori, nonché di ampie facoltà di supervisione su un settore particolare del mercato ed esercitano quest'ultima in modo da facilitare l'esercizio dei primi, imponendo talvolta alla persona controllata/sospettata l'obbligo di collaborare con i propri accusatori. La successione di tre o quattro fasi di comunicazione di documenti scritti ai fini della difesa (due dinanzi all'autorità amministrativa, una dinanzi alla Corte d'appello ed eventualmente un'altra dinanzi alla Corte di cassazione) è una garanzia illusoria che non compensa l'intrinseca mancanza di equità del procedimento. È evidente la tentazione di delegare a questi “nuovi” procedimenti amministrativi la repressione

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Torino.

** L'articolo è stato scritto nel contesto del progetto di ricerca RePers (Mutual Trust and Social Rehabilitation into Practice), co-finanziato dall'Unione europea, Justice Programme 2014-2020. Desidero ringraziare Francesco Costamagna, Stefano Montaldo, Alberto Miglio, Monica Parodi e il revisore anonimo per i suggerimenti e i consigli ricevuti. Resta mia la responsabilità per eventuali errori ed omissioni.

di condotte che non possono essere perseguite con gli strumenti classici del diritto penale e della procedura penale. Tuttavia, la pressione dei mercati non può prevalere sugli obblighi internazionali di rispetto dei diritti dell'uomo, sussistenti in capo agli Stati aderenti alla Convenzione¹.

Nelle parole dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque – soprattutto, in quelle conclusive –, si manifesta tutta la portata del problema oggi posto dai comportamenti qualificabili quali forme di *c.d. market abuse*. L'esigenza di garantire il buon andamento delle attività dei mercati finanziari europei impone di approntare meccanismi di tutela i quali tengano conto della complessità del fenomeno che vanno (auspicabilmente) a prevenire e reprimere. Questo, però, senza che la volontà di punire detti comportamenti possa revocare in dubbio la protezione dei diritti spettanti a ciascuno. Di ciò, risulta da tempo consapevole non soltanto la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), ma anche la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Quest'ultima ha evidenziato a più riprese che, in materia², il diritto dell'Unione europea (UE) impone agli Stati membri di adottare misure efficaci, proporzionate e dissuasive, senza che ciò venga realizzato in pregiudizio dei diritti fondamentali³.

Allora, il possibile contrasto tra reazioni punitive e tutela delle libertà fondamentali impone un bilanciamento, la ricerca di un punto di equilibrio con riferimento tanto al momento creativo quanto a quello applicativo del diritto. Soprattutto per quel che riguarda quest'ultimo, l'esigenza che emerge è quella di fornire un'interpretazione dei diritti fondamentali che assicuri la loro effettività, permettendo loro di assolvere alla funzione di garanzia alla quale sono preposti.

Il problema si pone in particolare in relazione al *ne bis in idem* quale principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione⁴, che tutela la stabilità della decisione definitiva, impedendo che lo stesso soggetto sia nuovamente pro-

¹ Opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque in Corte EDU, sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 32.

² Nel corso del tempo, si sono succedute più direttive. Tra esse, vanno ricordate la direttiva 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*), la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), e la direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato). Da ultimo, è intervenuto anche il regolamento (UE) 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, fatto oggetto di interventi con il regolamento (UE) 2016/1033 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016, che modifica il regolamento (UE) 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari, il regolamento (UE) 596/2014 relativo agli abusi di mercato e il regolamento (UE) 909/2014 relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli. Quanto alla rilevanza che la questione assume in relazione ai reati tributari (tema non affrontato nel presente scritto), si rinvia a P. DE PASQUALE, *Il divieto di ne bis in idem ed i reati tributari*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 294 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group e Van Raemdonck*, punti 40-42. Per un commento alla sentenza, si vedano L. KLÖHN, *The European Insider Trading Regulation after Spector Photo Group*, in *European Company and Financial Law Review*, 2010, p. 347 ss., e M. BÖSE, *Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA), Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 December 2009*, nyr, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 189 ss.

⁴ Corte cost., ordinanza del 4-5 maggio 1995, n. 159, e sentenza del 10-30 luglio 2003, n. 284.

cessato per un fatto che è già stato accertato con un provvedimento irrevocabile, completando così la garanzia che deriva dal giudicato. Ciò perché, senza il *ne bis in idem*, il giudicato permetterebbe soltanto di evitare la revoca di un provvedimento definitivo, senza precludere l'apertura di un nuovo processo per il medesimo fatto⁵. Esso, dunque, esprime un'istanza di giustizia materiale⁶.

Tuttavia, considerando questo principio non solamente nella sua dimensione interna e prestando attenzione ai diversi modi di intendere il concetto di *idem* quale presupposto per l'applicazione dello stesso, le differenze che vengono in rilievo possono risultare particolarmente significative, tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale. Pertanto, il par. 2 del presente scritto è dedicato alla ricognizione della normativa sul punto, in particolar modo quella internazionale e sovranazionale. Una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia, sia in termini generali, sia in relazione al tema specifico degli abusi di mercato, è offerta successivamente. Più precisamente, il par. 3 tratta della giurisprudenza della Corte EDU, il par. 4 dell'interpretazione della CGUE e il par. 5 dell'impostazione fatta propria dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale italiane. Il par. 6 affronta la questione della ricerca del significato più garantista del concetto di *idem* alla luce delle previsioni degli articoli 52, par. 3, e 53 della Carta, relativi al coordinamento con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e le costituzioni nazionali. Il par. 7 tratta dei profili applicativi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta) in materia, mentre il par. 8 è dedicato a delle osservazioni conclusive quanto alla giurisprudenza di Lussemburgo.

2. L'art. 649, co. 1, c.p.p. italiano prevede che l'imputato prosciolto o condannato con provvedimenti divenuti irrevocabili non possa essere sottoposto nuovamente a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se considerato diversamente per il titolo, il grado o le circostanze. Se questo rappresenta il punto di partenza quanto al *ne bis in idem* nell'ordinamento interno, va notato come, oltre ad esso, debba farsi riferimento anche ad ulteriori previsioni che, nel corso del tempo, hanno assunto sempre maggior rilievo. Basti pensare all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. Ai sensi di detto articolo, nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato, fermo che ciò non impedisce la riapertura del processo in presenza di fatti sopravvenuti, nuove rivelazioni o vizi fondamentali di procedura che siano in grado di inficiare la sentenza intervenuta⁷.

⁵ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 3809 ss.

⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, III ed., p. 179.

⁷ Non presente nel testo originario della CEDU, tale previsione fu aggiunta con il Protocollo sopra citato, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 ed entrato in vigore il 1° novembre 1988, sulla scorta dell'influenza esercitata dal Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 1966 e delle iniziative assunte dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa al fine di estendere l'elenco dei diritti garantiti dalla Convenzione. Quanto a queste ultime, si vedano la raccomandazione n. 683 (1972) sulle iniziative da assumere a seguito della conclusione della Conferenza sui diritti umani tenutasi a Vienna dal 18 al 20 ottobre 1971 e la raccomandazione n. 791 (1976) sulla protezione dei diritti umani in Europa, rivolte nei confronti del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa. Con la

Per quel che riguarda il diritto dell'Unione, vi sono due previsioni che devono essere considerate. L'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) stabilisce che una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita. Proprio questo è stato poi alla base – unitamente all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU – dell'art. 50 della Carta. Secondo quanto stabilito da tale ultima disposizione, nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

Riconosciuto già prima dell'entrata in vigore della Carta quale principio generale di diritto dell'Unione, dunque quale fonte di diritto primario e parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni europee, nonché degli atti degli Stati membri adottati in attuazione del diritto dell'Unione⁸, esso presenta una differenza strutturale di non poco momento rispetto al *ne bis in idem* come tradizionalmente riconosciuto negli ordinamenti nazionali e dal diritto internazionale⁹. Infatti, il *ne bis in idem* di matrice UE non opera solamente all'interno dello stesso ordinamento giuridico, ma può anche essere applicato in modo transfrontaliero. Ciò perché l'applicazione del divieto di *bis in idem* presuppone necessariamente, a prescindere dalle modalità con cui è inflitta una pena, che esista una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse¹⁰. Ne consegue che il principio in parola finisce per acquisire lo spessore giuridico di un diritto soggettivo al trattamento unitario dell'azione repressiva. Non solo: esso opera quale strumento di rafforzamento della cooperazione giudiziaria tra

seconda in particolar modo, l'Assemblea parlamentare richiese che fossero inserite nella CEDU quante più previsioni di quelle – mancanti – risultanti dal Patto del 1966.

⁸ Da ultimo, si veda sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2017, cause riunite C-217 e 350/15, *Orsi*, punto 19. Sul punto, si può considerare come alcune corti costituzionali abbiano negato la natura del *ne bis in idem* quale principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto. Così si espressero il Tribunale costituzionale federale tedesco con sentenza 31 marzo 1987, 2 BvM 2/86, e la Corte costituzionale italiana con le sentenze 18 aprile 1967, n. 48, e 8 aprile 1976, n. 69.

⁹ Come chiarito dal Comitato sui diritti umani delle Nazioni Unite in relazione all'art. 14, par. 7, del Patto del 1966, tale articolo “does not guarantee non bis in idem with regard to the national jurisdictions of two or more States. The Committee observes that this provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in a given State” (caso *AP/Italia*, comunicazione n. 204/1986, 2 novembre 1987, par. 7.3). Ulteriormente, si può far riferimento a quanto riconosciuto dal Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia in Decision on the Defence Motion on the Principle of *Non-bis-in-idem*, Case no. IT-94-I-T, *The Prosecutor v. Tadić*, 14 novembre 1995: “[t]he principle of *non-bis-in-idem* appears in some form as part of the internal legal code of many nations. Whether characterised as *non-bis-in-idem*, double jeopardy or autrefois acquit, autrefois convict, this principle normally protects a person from being tried twice or punished twice for the same acts. This principle has gained a certain international status since it is articulated in Article 14(7) of the International Covenant on Civil and Political Rights as a standard of a fair trial, but it is generally applied so as to cover only a double prosecution within the same State”.

¹⁰ Così sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, punto 30, e le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot del 3 marzo 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punto 98.

gli Stati membri, contribuendo così alla libera circolazione delle persone, dato che coloro che sono stati giudicati con sentenza definitiva non dovranno temere di incorrere in un altro Stato membro in nuovi procedimenti penali per i fatti già giudicati¹¹.

Già la semplice considerazione delle fonti fino ad ora evocate permette di comprendere la portata della questione di cui si tratta. Infatti, l'art. 649 c.p.p. e l'art. 54 CAAS prevedono che il divieto di *bis in idem* operi per i medesimi fatti, mentre, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e dell'art. 50 della Carta, la limitazione opererebbe soltanto per il medesimo reato. Il che dà luogo a un evidente contrasto quanto a un'interpretazione del principio maggiormente focalizzata sul fatto nella sua dimensione naturalistico-fenomenica e un'altra più attenta, invece, alla qualificazione giuridica. A conferma dell'esistenza di tale contrasto, si possono considerare ulteriori fonti.

L'art. 20, par. 1, dello Statuto della Corte penale internazionale prevede che nessuno possa essere giudicato per atti costitutivi di crimini per i quali sia già stato condannato o assolto dalla Corte stessa. Il concetto di medesimo reato si ravvisa altresì nell'art. 10 del Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters delle Nazioni Unite¹². Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 14, par. 7, la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi¹³, all'art. 53, e la Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali¹⁴, all'art. 35, fanno riferimento ai medesimi atti.

Con specifico riferimento al diritto UE, l'*idem* è individuato tramite il riferimento ai medesimi fatti all'art. 7 della Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee¹⁵ e all'art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione dei funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri¹⁶.

¹¹ In questo senso, si vedano, tra i molti riferimenti, le conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dell'8 aprile 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, punti 38, 48-49. Sui riflessi internazionali e sovranazionali del *ne bis in idem*, si rinvia a B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem Principle in EU Law*, Aalphen aan den Rijn, 2010, P. OLIVER, T. BOMBOIS, *Ne bis in idem en droit européen: un principe à plusieurs variantes*, in *Journal de droit européen*, 2012, p. 266 ss., B. VAN BOCKEL, (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, e P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI e al. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 289 ss.

¹² Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1990, A/RES/45/118.

¹³ Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, adottata il 28 maggio 1970.

¹⁴ Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali, adottata il 15 maggio 1972.

¹⁵ Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. Sul punto, va notato però come nella recentissima direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, al punto 17 del preambolo, si possa leggere: “[l]e sanzioni non assimilabili a sanzioni penali, che sono irrogate nei confronti della stessa persona per la stessa condotta possono essere tenute in considerazione in sede di condanna della persona in questione per un reato definito nella presente direttiva. Per gli altri tipi di sanzione dovrebbe essere pienamente rispettato il principio del divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato” (corsivo aggiunto).

¹⁶ Convenzione sulla base dell'art. K.3, par. 2, lett. c), TUE relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea. Sempre per quel che riguarda il diritto UE, si rinvia anche alla risoluzione del Parlamento europeo, del 16 marzo 1984, sull'applicazione nella Comunità del principio *ne bis in idem* in materia penale e alla risoluzione del Parlamento europeo, del 12 aprile 1989, recante adozione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Va altresì ricordata la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*, firmata a Bruxelles il 25 mag-

Pertanto, il problema attiene alla possibilità di definire un significato del concetto di *idem* che sia conforme alla natura garantista del principio del *ne bis in idem*. La situazione è resa più complessa dal fatto di dover coordinare tra loro le indicazioni provenienti dalla Corte EDU, dalla CGUE e dalle corti nazionali sul punto.

3. L'interpretazione del *ne bis in idem* – e, propriamente, dell'elemento dell'*idem* – fornita da parte della Corte EDU è stata per lungo tempo ondivaga. In un primo momento, i giudici di Strasburgo diedero rilievo al requisito dell'identità dei fatti materiali¹⁷, per poi sottolineare l'importanza rivestita dalla qualificazione giuridica di tali fatti¹⁸, arrivando quindi a porre l'accento sugli elementi essenziali della violazione compiuta¹⁹. Dopo un momentaneo ritorno all'impostazione fondata sulla qualificazione giuridica del fatto²⁰, in *Zolotukhin* la Corte rilevò le contraddizioni presenti nella propria giurisprudenza, riconoscendo che l'esistenza di una pluralità di orientamenti in materia integrava una violazione del principio di certezza del diritto, evidentemente incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali, *in primis* il diritto a non essere processato due volte per lo stesso reato. In ragione di ciò, si rese necessaria un'interpretazione coerente del concetto di *idem* ai fini dell'art. 4, Protocollo n. 7, della Convenzione. Considerando il fatto che alcune fonti di diritto internazionale utilizzano la dizione “medesimo reato”, mentre altre fanno ricorso alla dizione “medesimi fatti”²¹, la Corte sottolineò come questo comportasse una differenza significativa, dando luogo a un contrasto interpretativo a seconda che l'*idem* venisse inteso quale espressione di un'identità di qualificazione giuridica o di un'identità di fatti materiali. Posto però che l'interpretazione fornita dalla Corte avrebbe dovuto portare a un'applicazione dei diritti concreta ed effettiva, secondo una lettura teleologicamente orientata il mero riferimento alla qualificazione giuridica avrebbe rischiato di essere eccessivamente restrittivo, dato che il compito della Corte si sarebbe allora ridotto a stabilire se le due violazioni per le quali un soggetto era perseguito avessero la medesima classificazione o meno. Di conseguenza, il requisito dell'*idem* doveva essere inteso nel senso di valorizzare l'esigenza di *favor libertatis*, considerando fatti identici, ossia fatti che integrano un complesso di circostanze fattuali le quali riguardano il medesimo accusato e risultano inestricabilmente connesse da un punto di vista cronologico e spaziale²².

Questa ricostruzione venne successivamente confermata in ulteriori pronunce, nelle quali la Corte EDU ebbe modo di sottolineare come un'impostazione basata sulla sola qualificazione giuridica sarebbe stata pericolosa in quanto avrebbe lasciato l'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 in balia delle valutazioni degli Stati contraenti, rendendola incompatibile con l'oggetto e lo scopo della Convenzione²³.

gio 1987, la quale fu tuttavia ratificata soltanto da pochi Paesi (l'Italia provvide al riguardo con legge 16 ottobre 1989, n. 350). All'art. 1 di tale Convenzione, si faceva ricorso al concetto di medesimi fatti.

¹⁷ Corte EDU, sentenza del 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, paragrafi 54-55.

¹⁸ Corte EDU, sentenza del 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, par. 26.

¹⁹ Corte EDU, sentenze del 29 maggio 2001, *Fischer c. Austria*, e del 6 giugno 2002, *Sailer c. Austria*.

²⁰ Corte EDU, sentenze del 2 luglio 2002, *Göktaş c. Francia*, e del 24 giugno 2003, *Gauthier c. Francia*.

²¹ V. *supra*, par. 1.

²² Corte EDU, sentenza del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, paragrafi 78-84.

²³ Corte EDU, sentenze del 16 giugno 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, paragrafi 48-56; del 14 gennaio 2014, *Muslija c. Bosnia Erzegovina*, paragrafi 32-35; del 20 maggio 2014, *Glanz c. Finlandia*, par. 52 s.; del 20 maggio 2014, *Nikänen c. Finlandia*, paragrafi 38, 42-43; del 20 maggio 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, par. 49; del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Sweden*, par. 52; del 17 febbraio 2015, *Boman*

Mentre la linea argomentativa ora richiamata riguardava ipotesi di duplicazione sanzionatoria in ambito penale, nella successiva sentenza *A e B c. Norvegia* la Corte affrontò il problema derivante dalla duplicazione di procedimenti aventi differente natura (penale e amministrativa)²⁴. Rilevato che il metodo migliore per assicurare il rispetto dell'art. 4 del Protocollo n. 7 è l'introduzione di una *single-track procedure* che permetta la riunione di procedimenti paralleli in un unico processo, i giudici di Strasburgo affermarono che, in linea generale, il principio del *ne bis in idem* non impedisce lo svolgimento di procedimenti distinti, nel rispetto di determinate condizioni. Propriamente, secondo la Corte, la duplicazione di procedimenti è ammissibile quando detti procedimenti si presentano sufficientemente e strettamente connessi sul piano sostanziale e su quello temporale. Ciò significa che si tratta di valutare: a) se essi mirino a realizzare scopi complementari e quindi attengano – non solamente in astratto, ma anche in concreto – ad aspetti differenti della condotta considerata; b) se la duplicazione sia una conseguenza prevedibile sul piano giuridico e fattuale della medesima condotta; c) se i procedimenti si svolgano in maniera da evitare il più possibile una duplicazione quanto alla raccolta e alla valutazione delle prove attraverso la collaborazione tra le autorità competenti; e, soprattutto, d) se la sanzione che per prima diviene definitiva sia tenuta in conto ai fini del procedimento ancora in corso, in modo che la reazione ordinamentale non sia eccessiva. Sul punto, la Corte rilevò altresì che un elemento che permette di escludere che la risposta sanzionatoria sia sproporzionata risiede nel fatto che il procedimento amministrativo porti a sanzioni le quali non si ricollegano al nocciolo duro del diritto penale, non comportando l'applicazione di uno stigma sociale nei confronti del soggetto accusato. Quanto al profilo della connessione sul piano temporale, esso non implica la necessità di uno svolgimento simultaneo dei procedimenti; tuttavia, essi devono avere luogo con modalità tali da impedire che il soggetto accusato si trovi a sottostare a una situazione di incertezza e ritardo, confrontandosi con vicende processuali destinate a protrarsi nel corso del tempo²⁵. Tale interpretazione fu in seguito confermata da parte della Corte EDU²⁶.

Quanto affermato dai giudici di Strasburgo in questa pronuncia è indubbiamente fondamentale sul piano del requisito del *bis*; tuttavia, va altresì considerato come l'introduzione del criterio di connessione sostanziale presenti delle ricadute sul piano dell'*idem*, visto che l'accertamento di scopi complementari perseguiti dai diversi tipi di procedimento e la verifica quanto agli aspetti differenti della condotta presa in considerazione attengono al piano sostanziale, anziché a quello esclusivamente processuale, e dunque hanno a che vedere con il concetto di *idem*. Più precisamente, si impone di valutare elementi che esulano dalla nozione di *idem* materiale, soprattutto

c. *Finlandia*, par. 33; del 30 aprile 2015, *Kapetanios e altri c. Grecia*, paragrafi 62-64; del 20 maggio 2015, *Häkkinen c. Finlandia*, par. 41.

²⁴ Per dovere di completezza, si ricorda che l'accertamento della natura penale o meno di una sanzione è condotto da parte della Corte EDU sulla base dei cosiddetti criteri *Engel*, consistenti nella qualificazione giuridica della sanzione sulla base della normativa nazionale, la natura sostanziale della violazione e la severità della pena. Sul punto, si vedano *ex multis* Corte EDU, sentenze dell'8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; del 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*; del 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*; del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; del 25 giugno 2009, *Maresti c. Croazia*.

²⁵ Corte EDU, sentenza del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, paragrafi 130-134.

²⁶ Corte EDU, sentenza del 18 maggio 2017, *Johannesson e altri c. Islanda*, paragrafi 49-56.

per quel che riguarda gli scopi perseguiti. Quindi, sembra in atto un ripensamento, ancorché attuato in via carsica, dell'impostazione emersa in *Zolotukhin*²⁷.

Per quel che riguarda la materia degli abusi di mercato, va richiamata la ben nota sentenza *Grande Stevens*. Il caso riguardò la responsabilità a titolo di manipolazione del mercato per la diffusione di un comunicato relativo a un prestito di tre miliardi di euro operato da un gruppo di banche in favore di FIAT e le conseguenze connesse al mancato rimborso di tale debito sulla partecipazione azionaria nella società automobilistica. Il problema si concentrò sull'omesso riferimento a un progetto di rinegoziazione del debito, già concluso al tempo in cui fu emesso il comunicato, tuttavia tenuto nascosto al fine di evitare effetti negativi sul prezzo delle azioni FIAT. Riscontrata la violazione della disciplina rilevante, la Consob applicò le sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive di cui agli articoli 187-ter e 187-quater del Testo unico della finanza (TUF)²⁸ per l'ipotesi di manipolazione del mercato. Le impugnazioni proposte successivamente si conclusero con una riduzione delle sanzioni in appello e il rigetto del ricorso in Cassazione. In seguito, fu avviato un procedimento penale, nell'ambito del quale gli imputati furono condannati per il reato di cui all'art. 185 del TUF (parimenti, manipolazione del mercato).

Con riferimento all'art. 4 del Protocollo n. 7, la Corte EDU affermò che, alla luce della sentenza *Zolotukhin*, il divieto di *bis in idem* impedisce che lo stesso soggetto sia processato o condannato per un secondo reato nell'ipotesi in cui esso derivi da fatti sostanzialmente identici a quelli per i quali era già stato mandato a processo. Considerando il complesso di circostanze di fatto concrete, connesse tra loro sotto il profilo cronologico e spaziale, la Corte sottolineò che i due procedimenti riguardavano lo stesso comportamento, tenuto dagli stessi soggetti nella stessa data (ossia, non aver menzionato il progetto di rinegoziazione del debito nel comunicato), aggiungendo *en passant* che gli articoli 185 e 187-ter del TUF danno rilievo alla medesima condotta. Di conseguenza, l'art. 4 del Protocollo n. 7 risultò violato²⁹.

4. Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, sul tema del *ne bis in idem ex art. 54 CAAS* si è sviluppato nel corso degli anni un copioso orientamento giurisprudenziale della CGUE, diretto a chiarire il significato e la portata di tale principio. In *Gözütok e Brügger*, la prima causa relativa all'applicazione dell'art. 54, si assistette a un contrasto tra l'impostazione espressa dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer e quella fatta propria dalla Corte. Infatti, l'Avvocato generale sostenne, conformemente a un'impostazione già emersa in materia di diritto della concorrenza³⁰, che la formulazione classica del *ne bis in idem* implicasse la com-

²⁷ Questa è la tesi espressa dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissenziente in *A e B c. Norvegia* (paragrafi 50-59).

²⁸ Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

²⁹ Corte EDU, sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, paragrafi 219-229. La messe di commenti a questa sentenza è particolarmente consistente. Tra i più significativi, si segnalano P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il "non detto" delle sentenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 740 ss., e G. M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista delle società*, 2015, p. 868 ss.

³⁰ Sul tema, si veda sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204, 205, 211, 213, 217 e 219/00, *Aarlborg Portland e altri*, punto 338 e, volendo, A. ROSANÒ, *Ne Bis Interpretation in Idem? The Two Faces of the Ne Bis in Idem Principle in the Case Law of the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2017, p. 39 ss.

presenza di tre identità: coincidenza dei fatti, un solo trasgressore ed un unico bene giuridico tutelato³¹. Dal canto suo, attenendosi al dato testuale, la Corte ritenne che la coincidenza dei fatti fosse l'elemento determinante ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*³², fermo ovviamente il requisito dell'identità del trasgressore. Tale impostazione venne confermata qualche anno più tardi³³.

Successivamente, la Corte dovette confrontarsi con il problema di chiarire che cosa indicasse la coincidenza dei fatti. Al riguardo, nella sentenza *Van Esbroeck*, essa espresse il convincimento che come tale dovesse intendersi l'identità dei fatti materiali, intesa quale esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro³⁴, la cui valutazione definitiva sarebbe spettata ai giudici nazionali competenti: a loro, quindi, viene attribuito il compito di stabilire se, nel caso concreto, si sia in presenza di fatti collegati nel tempo, nello spazio e per oggetto³⁵. Tale interpretazione fu quindi confermata in altre cause, nelle quali la Corte ebbe modo di ribadire come la qualificazione giuridica dei fatti e l'interesse giuridico tutelato non assumessero alcun rilievo³⁶.

A seguito del riconoscimento in favore della Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE), il punto di riferimento è andato progressivamente spostandosi dall'art. 54 CAAS all'art. 50 della Carta stessa. Al riguardo, la CGUE non ha avuto difficoltà a confermare l'impostazione

³¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 19 settembre 2002, cause riunite C-187 e 385/01, *Gözütok e Brügger*, punti 49 e 56.

³² Sentenza della Corte di giustizia dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187 e 385/01, *Gözütok e Brügger*, punto 44. Per un commento, si veda A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügger*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 867 ss.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, punto 32.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, punto 37. Al riguardo, si veda H. MOCK, "*Ne bis in idem*". *Une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg*. (Arrêt C-436/04 de la Cour de justice des Communautés européennes, du 9 mars 2005, *Leopold Henri Van Esbroeck*), in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, p. 635 ss.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini e altri*, punti 54-56.

³⁶ Si rinvia alle sentenze della Corte di giustizia del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *van Straaten*, punto 53; del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, punti 26-28; del 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, punti 29-34; dell'11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, punto 30; del 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turanský*, punti 30-31; del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, punto 30. Confusa sembra essere invece la ricostruzione che può trovarsi nelle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot del 15 dicembre 2015, causa C-486/14, *Kossowski*, punti 54-55, ove si può leggere: "[I]a Corte ha dato alla nozione di 'medesimi fatti?' un significato non puramente materiale, ma, al contrario, giuridico (...). Per la Corte, come per la Carta, l'identità dei fatti menzionata dalla CAAS non è altro che la somiglianza dei reati, somiglianza che occorre valutare non in considerazione delle qualificazioni proprie di ciascuna legislazione nazionale, ma alla luce della sostanza stessa dei reati concorrenti. Così, la Corte ha definito le condizioni dell'identità dei fatti precisando che si trattava di fatti che erano sostanzialmente i medesimi (quindi senza tener conto delle espressioni delle legislazioni nazionali), inscindibilmente collegati tra loro nel tempo, nello spazio nonché per 'oggetto'. In questo modo, la Corte ha dato, in tale forma, una definizione classica della nozione di reato, riferendosi a un'identità dell'atto considerato nel significato, nella sostanza, che gli attribuisce l'intenzione delittuosa del suo autore. In verità, un fatto non potrebbe rivestire una qualificazione penale specifica, vale a dire tale da non confondersi con nessun'altra, se esso fosse disgiunto dalla sua finalità, vale a dire dalla sua intenzione. Tra una lesione causata involontariamente e un'altra arrecata volontariamente, la differenza non è di grado, ma di natura, quand'anche la seconda abbia provocato conseguenze meno gravi della prima".

già emersa quanto alla nozione di *idem*, chiarendo che il contenuto essenziale del principio non varia nel passaggio dall'una all'altra disposizione³⁷.

Attualmente, l'applicazione del principio del *ne bis idem* nell'ambito dell'Unione europea continua a stimolare la riflessione dei giudici nazionali, spingendoli a sollevare questioni pregiudiziali dinanzi alla CGUE³⁸. Tra le più recenti, alcune hanno riguardato la materia degli abusi di mercato alla luce della disciplina italiana. Una di queste (*Garlsson Real Estate SA*) ha avuto a oggetto l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie per fatti qualificati quali ipotesi di manipolazione del mercato ai sensi degli articoli 187-ter, co. 3, lett. c)³⁹, e 187-quinquies, co. 1, lett. a)⁴⁰, TUF, nei confronti – tra l'altro – di una persona fisica già sottoposta a procedimento penale e condannata a una pena limitativa della libertà personale. La Corte di cassazione ha sottoposto alla CGUE alcune questioni pregiudiziali, una delle quali così articolata: “se la previsione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretato alla luce dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte EDU e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile”.

La causa *Di Puma* ha invece riguardato l'applicazione da parte della Consob delle sanzioni di cui all'art. 187-bis, co. 1, lettere a) e c)⁴¹, e co. 4⁴², del TUF a soggetti che avevano fatto uso di informazioni riservate ai fini dell'acquisto di azioni, i quali tuttavia erano stati assolti dall'accusa di aver commesso il reato di cui all'art.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, punto 59. Sul punto, si rinvia a S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema “multilivello” di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 669 ss., e a J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1339 ss.

³⁸ Si veda, ad esempio, la recente sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 2018, causa C-390/16, *Lada*. Il giudice nazionale aveva tra l'altro sollevato una questione pregiudiziale avente a oggetto la compatibilità con il *ne bis in idem* della normativa ungherese che prevede un procedimento apposito per il riconoscimento di efficacia di decisioni di condanna straniere.

³⁹ Ai sensi di tale previsione, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro chiunque pone in essere operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o espediente.

⁴⁰ Ai sensi del quale, l'ente è responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso.

⁴¹ “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio: a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime; (...) c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a)”.

⁴² “La sanzione prevista al comma 1 si applica anche a chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti ivi descritti”.

184 del TUF (abuso di informazioni privilegiate), per insussistenza dei fatti contestati. Al riguardo, la Corte di cassazione ha sollevato due questioni pregiudiziali dinanzi alla CGUE, chiedendo tra l'altro se l'art. 50 della Carta vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali.

Secondo l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, una normativa che permetta una doppia repressione, amministrativa (ma sostanzialmente penale) e penale, della stessa condotta illecita, senza strutturare una chiara modalità processuale per evitare la doppia imputazione e la doppia sanzione agli autori dei fatti, viola l'art. 50 della Carta. Ciò perché detta normativa consente la celebrazione di un procedimento amministrativo finalizzato a sanzionare gli autori di condotte illecite di manipolazione del mercato o di traffico di informazioni privilegiate, quando sia già intervenuto un accertamento in materia, tanto nel senso della condanna, quanto nel senso dell'assoluzione del soggetto imputato⁴³.

Sul punto, vanno notati tre aspetti della riflessione dell'Avvocato generale: a) la conferma della tesi tradizionale della CGUE in materia di *idem* inteso quale espressivo del concetto di identità materiale dei fatti⁴⁴; b) l'attenzione focalizzata sul concetto di condotta, e non su elementi ulteriori quali l'evento o il nesso causale, ai fini della soluzione proposta⁴⁵; c) la critica rivolta alla Corte EDU in relazione alla sentenza *A e B c. Norvegia*⁴⁶. Con riferimento a quest'ultimo punto, l'Avvocato generale ha esortato la CGUE a mantenere un livello di tutela più elevato del *ne bis in idem* rispetto a quello espresso dai giudici di Strasburgo⁴⁷.

Dal canto suo, la CGUE ha in qualche modo eluso tali questioni. In *Garlsson*, è stato riconosciuto che l'art. 50 della Carta osta a una normativa nazionale che consenta di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria ma avente natura sostanzialmente penale per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, ove sia già stata pronunciata una condanna penale definitiva, nei limiti in cui tale condanna sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Ulteriormente, la Corte ha rilevato come l'art. 50 sia direttamente applicabile in quanto conferisce un diritto che non è accompagnato da alcuna condizione⁴⁸. In *Di Puma*, i giudici di Lussemburgo hanno ammesso che l'obiettivo di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari possa giustificare un cumulo di azioni nell'ipotesi in cui tali azioni e sanzioni presentino fini complementari e abbiano ad oggetto aspetti diversi del medesimo comportamento costitutivo dell'infrazione, ricorrendo qui a una terminologia che è identica a quella usata dalla Corte EDU in *A e B c. Norvegia*.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, punto 81, e conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, cause riunite C-596 e 597/16, *Di Puma*, punto 75.

⁴⁴ Conclusioni *Garlsson*, punti 58-60, e conclusioni *Di Puma*, punto 56.

⁴⁵ Conclusioni *Garlsson*, punto 8, e conclusioni *Di Puma*, punto 75.

⁴⁶ Conclusioni *Garlsson*, punto 71, e conclusioni *Di Puma*, punti 72-73.

⁴⁷ Al riguardo, si veda il successivo par. 6.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, punti 63, 65-68.

Tuttavia, posto il riconoscimento della natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa da infliggersi, la prosecuzione del procedimento inteso alla sua irrogazione eccederebbe in maniera manifesta quanto necessario per conseguire il suddetto obiettivo, ove sia già intervenuta una sentenza definitiva di assoluzione. Dunque, l'art. 50 osta alla prosecuzione di detto procedimento, ferma la possibilità di un'eventuale riapertura del processo penale ove fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente inficino la sentenza penale pronunciata⁴⁹.

Quindi, sembra potersi dire che la CGUE ha rigettato l'impostazione della Corte EDU, anche se una risposta diretta alle sollecitazioni dell'Avvocato generale sul punto non è stata data, tanto è vero che la sentenza *A e B c. Norvegia* non viene citata in nessuna delle due sentenze.

5. Per quel che riguarda la giurisprudenza italiana, si tratta di prendere in considerazione tanto i precedenti della Suprema Corte, quanto quelli della Corte costituzionale.

Quanto ai primi, da tempo la Corte di cassazione afferma di aver fatto propria l'opzione storico-naturalistica, anziché quella legata al mero dato della qualificazione giuridica, con riferimento al concetto di *idem*. Il dato giurisprudenziale non sembra però confortare tale asserzione. Nell'interpretazione fornita dalla Suprema Corte, infatti, l'*idem factum* implica che la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. operi solamente nell'ipotesi in cui nelle imputazioni formulate in due diversi processi, nei confronti della medesima persona, sia ravvisabile una corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni. Ciò significa che devono essere presi in considerazione condotta, evento e nesso causale, i quali vanno valutati con riferimento alle circostanze di tempo, di luogo e di persona rilevanti a seconda dei casi⁵⁰. Da ultimo, con una sentenza del febbraio 2018, la Suprema Corte ha aderito all'impostazione espressa dalla Corte EDU nella sentenza *A e B c. Norvegia*, rilevando come, nel caso concreto, sussistesse una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti (penale e amministrativo), in ragione della contemporaneità dell'irrogazione delle sanzioni, avvenuta a pochi mesi di distanza⁵¹.

Tale impostazione è seguita anche dalla Corte costituzionale. In una sentenza recente, i giudici della Consulta sono stati investiti della questione di costituzionalità relativa all'art. 649 c.p.p. come tradizionalmente interpretato dalla giurisprudenza di legittimità e, dunque, considerando l'identità della triade condotta-evento-nesso di causalità. Secondo il giudice rimettente, ciò avrebbe posto un problema in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, dato il contrasto con l'interpretazione fornita dalla Corte EDU quanto all'*idem* materiale. Propriamente, secondo il giudice *a quo*, solo la condotta avrebbe dovuto essere presa in considerazione, e non gli ulteriori elementi costitutivi della fattispecie, dato che una medesima condotta può dar luogo a una pluralità di eventi. La conseguenza sarebbe che, ove si dovesse

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, cause riunite C-596 e 597/16, *Di Puma*, punti 42, 44-45.

⁵⁰ Tra le molte pronunce, si rinvia a Cassazione penale, SS.UU., sentenza del 28 giugno 2005, n. 34655 e a Cassazione penale, sentenze del 20 febbraio 2006, n. 15578, 27 maggio 2010, n. 26251, 1° luglio 2010, n. 28548, e 21 marzo 2013, n. 18376.

⁵¹ Cassazione penale, sentenza del 14 febbraio 2018, n. 6553.

tenere conto anche di evento e nesso di causalità, la preclusione del *ne bis in idem* non potrebbe operare. Dunque, a opinione del giudice rimettente, il diritto vivente sarebbe arrivato a interpretare il requisito dell'*idem* quale identità del fatto giuridico, con un effetto restrittivo quanto all'applicazione dell'art 649 c.p.p.

Nel rigettare la questione di costituzionalità, la Consulta ha affermato che tale tesi sarebbe errata. Posto che la Corte EDU aderisce alla tesi dell'*idem* materiale, da ciò non si potrebbe ricavare, secondo la Corte costituzionale, la conseguenza che soltanto la condotta sarebbe rilevante. Ciò perché il fatto è l'accadimento materiale, considerato scevro da considerazioni relative all'inquadramento giuridico, ma comunque interpretato quale "frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi". Ciò implica che, oltre all'azione o all'omissione, il fatto ricomprende anche l'oggetto fisico verso cui esso si manifesta e l'evento, inteso quale modificazione del reale determinata dal comportamento del soggetto agente. Tale impostazione⁵² non implicherebbe il riemergere dell'*idem* legale, in quanto ad avere carattere giuridico sarebbe esclusivamente l'indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete deve prendere in considerazione per valutare l'*idem factum*. Opinare altrimenti implicherebbe, per i giudici della Consulta, l'impossibilità di perseguire un soggetto nel caso in cui l'offesa si sia aggravata o una stessa condotta abbia determinato una pluralità di vittime. Dunque, "sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica"⁵³.

Nella sua pronuncia più recente sul tema, la Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo* alla luce della sentenza *A e B c. Norvegia*. Più precisamente, il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non avrebbe previsto l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, era già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli. La Corte ha rilevato il mutamento di significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione, e ha sottolineato come "la nuova regola della sentenza A e B contro Norvegia rende meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di bis in idem alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, ma non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali"⁵⁴.

Quanto alla questione degli abusi di mercato, va ricordata la sentenza con la quale la Consulta ha escluso l'incostituzionalità del doppio binario sanzionatorio delineato dall'art. 187-bis, co. 1, del TUF. Alla Corte era stato richiesto un intervento additivo, che dichiarasse l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in

⁵² Già fatta propria dalla Consulta in passato. Si veda Corte cost., sentenza del 16 aprile 2008, n. 129.

⁵³ Corte cost., sentenza del 31 maggio 2016, n. 200. Ulteriormente, la Consulta ha rilevato come la Corte EDU abbia ammesso l'inoperatività del *ne bis in idem* in presenza di episodi di particolare gravità, qualificabili quali crimini contro l'umanità. Si veda Corte EDU, sentenza del 27 maggio 2014, *Marguš c. Croazia*.

⁵⁴ Corte cost., sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43, punto 9 del "considerato in diritto".

cui non avrebbe previsto l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato fosse stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione avente natura penale ai sensi della CEDU. Sul punto, i giudici costituzionali hanno rilevato che un eventuale intervento additivo non avrebbe determinato alcun ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti. La conseguenza sarebbe stata che la preclusione quanto al secondo procedimento sarebbe scattata in base al provvedimento divenuto irrevocabile per primo, con evidente violazione dei principi di legalità, determinatezza, ragionevolezza e parità di trattamento. Quindi, l'accoglimento della questione di costituzionalità non solo non avrebbe permesso di evitare la violazione del *ne bis in idem*, ma addirittura l'avrebbe favorita⁵⁵.

6. Alla luce di quanto osservato sino ad ora, si tratta di chiedersi se le tre ricostruzioni proposte – quella della Corte EDU, della CGUE e delle corti nazionali – abbiano la medesima portata o meno e, in caso di risposta negativa, quale di esse sia maggiormente coerente con l'istanza di giustizia sostanziale sottesa al *ne bis in idem*.

Apparentemente, tutte e quattro le corti concordano nel non aderire all'impostazione secondo cui l'*idem factum* andrebbe valutato alla luce della qualificazione giuridica dello stesso. *Idem factum* indica il fatto materiale inteso nella sua realtà storico-naturalistica a Strasburgo, a Lussemburgo e a Roma. Ciò dovrebbe portare a concludere che l'interpretazione seguita dalle quattro corti sia la stessa.

Tuttavia, questa conclusione sembra valida solamente se si affronta la questione in termini generali (*idem* legale v. *idem* materiale), e non quando si provi a riempire di significato il concetto di *idem* materiale. Questo perché la giurisprudenza italiana è stentorea nell'incentrare la valutazione di tale requisito sulla triade condotta-evento-nesso di causalità, prendendo dunque in considerazione tutti gli elementi costitutivi della fattispecie rilevante, e non esclusivamente l'azione o l'omissione quali realtà storiche.

La medesima impostazione non si ravvisa nelle sentenze della Corte EDU e della CGUE. Quanto alla prima, però, va sottolineato come la Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 200 del 2016, abbia rilevato come, in almeno tre casi, al fine di valutare l'unicità del fatto, la Corte EDU abbia guardato al fatto che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima, "e ciò potrebbe suggerire che un mutamento dell'oggetto dell'azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta"⁵⁶.

Dunque, aderendo a quanto affermato dalla Consulta, vi sarebbe sul tema identità di vedute tra i giudici di Roma e quelli di Strasburgo. Non altrettanto sembra potersi affermare con riferimento alla giurisprudenza di Lussemburgo, se si pone l'attenzione sul fatto che la CGUE non ha mai valorizzato elementi quali l'evento e il nesso di causalità nelle sue sentenze e se si considera altresì che, nella ricostruzione proposta da ultimo dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle

⁵⁵ Corte cost., sentenza dell'8 marzo 2016, n. 102.

⁵⁶ Il riferimento è alla già citata sentenza *Muslija c. Bosnia Erzegovina*, par. 34, e a Corte EDU, sentenze del 12 dicembre 2013, *Khmel c. Russia*, e del 23 giugno 2015, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, par. 37.

cause sopra richiamate, il punto di riferimento ai fini dell'accertamento dell'*idem factum* è la condotta.

Di certo, la questione meriterebbe di essere chiarita mediante un rinvio pregiudiziale e, in effetti, la possibilità era già emersa, ma la Corte costituzionale – è da ritenere, giustamente, alla luce della situazione determinatasi – non ha inteso procedere lungo tale strada⁵⁷. Dunque, permangono dei margini di ambiguità sul punto e, soprattutto, permane la possibilità di ritenere che l'interpretazione fornita dalla CGUE non sia analoga a quella proposta dalle altre corti considerate, in quanto basata soltanto sulla condotta. Ciò permetterebbe di riconoscere a tale impostazione una dimensione maggiormente garantista, quanto meno perché – allo stato attuale dello sviluppo giurisprudenziale – impone la verifica di un numero di requisiti inferiore.

Voci autorevoli confermano l'idea che, a seguire l'orientamento per il quale è necessario prendere in considerazione condotta, evento e nesso di causalità, si perverrebbe a un'applicazione marginale del *ne bis in idem*. È stato rilevato infatti che “fin dall'incipiente giurisprudenza ottocentesca risulta chiaro cosa significhi ‘fatto’, quanto al *ne bis in idem*: pura condotta, senza interno psichico, individuata dall'oggetto fisico nei reati cosiddetti materiali; non interessano gli eventi”⁵⁸. Ulteriormente, si è detto che l'impostazione delle corti nazionali finisce per essere guidata da criteri che “analizzano il fatto storico alla luce della fattispecie astratta, cioè proiettando sull'episodio storico le categorie del ‘fatto giuridico’ scomposto nei suoi elementi costitutivi”⁵⁹. Il che costituirebbe l'esatta negazione dell'idea di *idem* materiale, in favore dell'*idem* legale⁶⁰.

Peraltro, con specifico riferimento all'impostazione fatta propria dalla Corte EDU con la sentenza *A e B c. Norvegia*, si è già detto come essa sia foriera di una serie di problemi connessi alla sua mancanza di chiarezza. In generale, rimangono dei dubbi su cosa debba intendersi esattamente per maggiore o minore nesso sostanziale e temporale tra i procedimenti. Tali criteri sono connotati da forte elasticità, soprattutto se si considera che, quanto al nesso temporale, la Corte EDU si è limitata a dare delle indicazioni fumose, che non permettono neppure di stabilire quale sia l'arco cronologico da prendere in considerazione⁶¹. In particolare, il richiamo agli scopi complementari

⁵⁷ Il giudice rimettente nella causa che ha portato alla già richiamata sentenza n. 200 del 2016 aveva chiesto alla Consulta di sollevare questione pregiudiziale, ma quest'ultima valutò che la richiesta non potesse essere accolta, “considerato che il rimettente ha escluso l'inerenza del diritto dell'Unione al caso di specie e ha delimitato il *thema decidendum* con riferimento ai profili di compatibilità con la CEDU”.

⁵⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, IX ed., p. 1206.

⁵⁹ N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 1205 ss.

⁶⁰ Da un punto di vista comparatistico, l'impostazione fatta propria da parte delle corti italiane sembra ricordare quella caratteristica dell'ordinamento olandese, ove si registra una combinazione del criterio naturalistico con quello normativo, con la conseguenza che esso non può di certo essere valutato come corrispondente a quello fatto proprio dalla Corte EDU e dalla CGUE, secondo alcuni commentatori (si veda A. KLIP, H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Revue internationale de droit penal*, 2002, p. 711).

⁶¹ Così E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Penalecontemporaneo*, 23 dicembre 2016, pp. 10-11, reperibile *online*, e le conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona del 12 settembre 2017, causa C-524/15, *Menci*, punto 73. Subito prima (punto 71), l'Avvocato generale fornisce un'ulteriore elemento di critica quanto alla sentenza *A e B c. Norvegia*: “il mutamento di orientamento giurisprudenziale diretto a far salvi i ‘procedimenti misti che presentano un nesso temporale e materiale sufficiente’ è ispirato a una posizione di deferenza verso gli argomenti degli Stati parti della CEDU. La Corte EDU

delle iniziative processuali e agli aspetti differenti della condotta presa in considerazione restringono la portata del concetto di *idem* espresso in *Zolotukhin*.

7. Partendo dunque dal presupposto che l'interpretazione fornita da parte della CGUE con riferimento al concetto di *idem* sia la più garantista, il problema che viene a porsi è se essa risulti applicabile in materia di abusi di mercato. Il punto di riferimento normativo al riguardo non può essere che l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il tema dell'applicabilità diretta dell'art. 50 è già stato affrontato in dottrina. Da un lato, si è affermato che tale soluzione sarebbe impraticabile *ratione materiae*, non essendo la disciplina in materia ricompresa nell'ambito del diritto dell'Unione⁶². Dall'altro, si è prospettata una soluzione positiva, rilevando che la disciplina di fonte europea intervenuta nel corso del tempo confermerebbe come la normativa in materia di abusi di mercato rientri nell'ambito di applicazione del diritto UE, aggiungendosi che, alla luce dell'art. 52, par. 3, della Carta, l'art. 50 di questa e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU hanno la medesima portata. Quindi, il primo risulterebbe tale da incorporare l'insieme delle garanzie individuate dalla Corte EDU quanto al *ne bis in idem*⁶³.

Si tratta, allora, di considerare i due aspetti della questione: quello dell'applicabilità diretta e quello dell'estensione dell'art. 50 della Carta. Il primo, in realtà, è problema di facile soluzione se si pone mente all'art. 51, par. 1, della Carta⁶⁴ e alla giurisprudenza *Åkerberg Fransson* della CGUE. Come noto, in questa sentenza la Corte ebbe modo di ribadire che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni che rientrano nel diritto dell'Unione e che, in un caso del genere, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di detta normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto⁶⁵. Perciò, l'applicabilità del diritto dell'UE implica anche quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Sotto questo punto di

attribuisce rilevanza alla circostanza che il principio del *ne bis in idem* non sia stato incluso nella CEDU e sia stato aggiunto ad essa solo nel 1984 (mediante il protocollo n. 7), con riserve e dichiarazioni di alcuni firmatari. La riluttanza di taluni Stati ad accettare il *ne bis in idem* e le divergenze tra i diritti nazionali sembrano avere influito sul riconoscimento di tale notevole eccezione alla sua applicazione (non prevista, quanto meno non espressamente, dall'articolo 4 del protocollo n. 7)". Va ricordato che, a oggi, quanto al Protocollo n. 7, mancano la firma della Gran Bretagna e la ratifica della Germania e dei Paesi Bassi e che numerosi Stati contraenti hanno formulato dichiarazioni e riserve al riguardo.

⁶² Si veda N. GALANTINI, *op. cit.*

⁶³ F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, pp. 233-234.

⁶⁴ Ai sensi del quale le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 2013, causa C-617/10 REC, *Åkerberg Fransson*, punti 19-21. La CGUE ha richiamato una serie di precedenti quali le sentenze del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*; del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*; del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*; del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères*; del 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*; del 7 giugno 2012, causa C-27/11, *Vinkov*. Ulteriormente, sul tema, si possono vedere le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, e quelle dell'Avvocato generale Bot del 5 aprile 2011, causa C-108/10, *Scattolon*.

vista, si possono anche ricordare ulteriori pronunce della Corte di giustizia. In *Bonda*, la Corte ha chiarito che la sfera di applicazione dei diritti previsti dalla Carta riguarda anche le norme nazionali previgenti, ossia previsioni che – considerato il momento della loro adozione – non risultano dirette ad attuare disposizioni di diritto dell’Unione e che però, in concreto, ne condividono la sfera operativa o lo scopo⁶⁶. Successivamente, la Corte ha escluso di potersi pronunciare in mancanza di elementi concreti che le permettano di valutare se il provvedimento nazionale costituisca una misura di attuazione del diritto dell’Unione o se esso presenti “altri elementi di collegamento con quest’ultimo”⁶⁷. Il che sembra deporre in favore di una lettura estensiva della previsione dell’art. 51, par. 1, della Carta.

La linea interpretativa emersa in *Åkerberg Fransson* è stata fatta propria anche da parte dell’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni presentate nelle cause *Menci*⁶⁸, *Garlsson*⁶⁹ e *Di Puma*⁷⁰ e dalla CGUE in *Garlsson*. Dunque, non sembra potersi dubitare della bontà della soluzione ora prospettata: la disciplina degli abusi di mercato rientra nell’ambito di applicazione del diritto UE; di conseguenza, i diritti fondamentali garantiti dalla Carta – compreso il *ne bis in idem* di cui all’art. 50 – trovano parimenti applicazione.

Il secondo corno della questione è più complesso. Ai sensi dell’art. 52, par. 3, della Carta, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti da quest’ultima, fermo il fatto che il diritto dell’Unione può concedere una protezione più estesa. Alla luce di quanto affermato in precedenza, con riferimento alla portata più garantista dell’interpretazione della CGUE quanto al *ne bis in idem*, non sembra potersi affermare che l’estensione di tale principio nel diritto UE e nel diritto CEDU sia la stessa; al contrario, la portata di detto principio appare più limitata e meno chiara nel sistema CEDU, se si prendono in considerazione i profili di connessione sostanziale e temporale emersi con la pronuncia *A e B c. Norvegia* e la rilevanza che la triade condotta-evento-nesso di causalità avrebbe ai fini della determinazione dell’*idem* – almeno, secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità italiana. Dunque, il diritto UE garantisce una protezione più estesa e l’applicazione dell’art. 50 non potrà che comportare il consequenziale adeguamento all’interpretazione della CGUE quanto al concetto di *idem*, con prevalenza di questa tanto rispetto alla tesi della Corte EDU, quanto rispetto alla tesi sostenuta dalle corti nazionali⁷¹.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*. Al riguardo e per ulteriori riferimenti, si veda S. MONTALDO, *L’ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e il principio del “ne bis in idem”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 574 ss.

⁶⁷ Ordinanza della Corte di giustizia del 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov*.

⁶⁸ Conclusioni *Menci*, punto 126. Per un commento al riguardo, si rinvia a P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *Il Diritto dell’Unione Europea online*, ottobre 2017, p. 1 ss.

⁶⁹ Conclusioni *Garlsson*, punto 35.

⁷⁰ Conclusioni *Di Puma*, punti 42-43.

⁷¹ Al riguardo, vale la pena di ricordare che “resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione” (sentenza *Åkerberg Fransson*, punto 28, ma si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 60).

8. Il contrasto tra le interpretazioni della CGUE, della Corte EDU e delle corti italiane porta a un duplice ordine di considerazioni. *In primis*, la situazione risulta problematica perché al medesimo concetto (*idem* materiale) vengono attribuiti significati parzialmente discordanti. Ciò provoca degli evidenti problemi sul piano della certezza del diritto e della tutela dei diritti fondamentali, visto che non risultano pienamente chiare le conseguenze sanzionatorie che possono derivare da una certa condotta e la rilevanza che quella condotta potrà assumere in un procedimento (penale o meno) avviato successivamente a quello in cui si sia già stati giudicati. Il secondo aspetto da considerare riguarda il riflesso che le difficoltà interpretative relative al *ne bis in idem* hanno sulla normativa in materia di abusi di mercato. In effetti, sotto questo punto di vista, va notato come la disciplina posta con la direttiva 2003/6 fosse problematica in quanto imponeva il ricorso a sanzioni penali e amministrative senza prevedere adeguate forme di coordinamento⁷². La direttiva 2014/57 ha cercato di porre rimedio alla situazione privilegiando il ricorso all'opzione penale⁷³. Tuttavia, per quel che riguarda l'ordinamento giuridico italiano, va detto che, ad oggi, la direttiva in parola non è stata ancora recepita, con la conseguenza che rimane in vigore la disciplina basata sulla direttiva 2003/6 e, quindi, rimangono intatti i problemi di cui si è detto. Peraltro, va anche notato che la legge con la quale il Parlamento ha delegato il governo a recepire la direttiva 2014/57 non fornisce delle indicazioni pienamente risolutive sotto questo punto di vista, dato che in essa si prevede anche il ricorso a sanzioni amministrative.

Dunque, mancando una soluzione a livello normativo, se ne rende necessaria una a livello giurisprudenziale. Data la pluralità di soluzioni interpretative evidenziate, e considerato il *favor libertatis* che contraddistingue il principio del *ne bis in idem*, non può non privilegiarsi l'elaborazione della CGUE rispetto a quella delle altre Corti, a pena di violare palesemente non soltanto l'essenza del principio suddetto, ma anche il dettato degli art. 52, par. 3, e 53 della Carta.

Abstract

The Best Offer, or the *ne bis in idem* Principle between Market Abuse, the ECHR, EU Law and National Law

The meaning of *idem* in the *ne bis in idem* principle has become controversial. If one considers this concept as interpreted by the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union, and the Italian Court of Cassation and Constitutional Court, we will find out that the four courts have expressed partially, yet significantly, different ideas on how it should be understood. The purpose of this article is to provide reasons to believe that the interpretation provided by the Court of Justice of the European Union guarantees a higher level of protection to both accused and sentenced persons and should be preferred with specific regard to market abuse crimes. Furthermore, this interpretation should be favoured in the light of the direct applicability of Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁷² Art. 14 della direttiva.

⁷³ Preambolo, punti 5, 6, 7.

Cristina Grieco*

La circolazione di diritti reali immobiliari all'interno dell'Unione europea in caso di contrasto tra *lex successionis* e *lex rei sitae*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'oggetto della controversia. – 3. La decisione della Corte. – 4. La posizione tedesca e brevi cenni sulle discipline nazionali interessate. – 5. Il regolamento n. 650/2012 e le norme rilevanti per la risoluzione della questione pregiudiziale giunta all'esame della Corte di giustizia. – 6. Conclusioni.

1. La Corte di giustizia si è pronunciata¹, per la prima volta dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 650/2012², in materia di successioni transfrontaliere³. Nella specie, la sentenza in commento ha affrontato alcune problematiche connesse alla circolazione di diritti reali immobiliari nello spazio europeo in caso di contrasto tra la *lex successionis* e la *lex rei sitae*.

La questione pregiudiziale, rimessa alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, è sorta nell'ambito di un procedimento avviato a seguito della richiesta, rivolta ad un notaio polacco, di redigere un testamento pubblico che prevedesse un legato "per rivendicazione" avente ad oggetto un bene situato in Germania.

A tale proposito, la Corte è stata interrogata circa la corretta interpretazione di alcune disposizioni del regolamento n. 650/2012 e, segnatamente, in merito alle esclusioni contemplate dall'art. 1, par. 2, lettere k) e l) che sottraggono alla sfera di operatività del regolamento "la natura dei diritti reali" e "qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Macerata e dell'Universität zu Köln.

¹ Sentenza del 12 ottobre 2017, causa C-218/16, *Aleksandra Kubicka e Przemysława Bac*.

² Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

³ Come è noto, il regolamento sul piano temporale è entrato in vigore il 16 agosto del 2012 ma è divenuto applicabile alle successioni a decorrere dal 17 agosto 2015 ed è, allo stato attuale, la fonte normativa di riferimento per regolare le successioni che si siano aperte all'interno di uno Stato membro e che presentino elementi di transnazionalità.

un registro”, nonché in ordine alla portata dell’art. 31, che disciplina lo specifico istituto dell’adattamento dei diritti reali.

La necessaria premessa è che secondo quanto evidenzia il 7° ‘considerando’ del regolamento successioni, al fine di consentire il buon funzionamento del mercato interno, dovrebbero essere rimossi gli ostacoli che normalmente le persone incontrano nel gestire e pianificare la propria successione che presenti implicazioni transfrontaliere. A motivo di ciò, il richiamato ‘considerando’ sottolinea l’opportunità che ai cittadini venga garantita la possibilità di pianificare in anticipo la propria successione e che i diritti di eredi e legatari o di altri soggetti interessati dalla vicenda successoria vengano tutelati in maniera effettiva ed efficace.

Ciò posto, è tuttavia innegabile che la materia delle successioni sia una di quelle in cui le discipline dei singoli Stati membri differiscono in maniera marcata per diverse ragioni legate, innanzitutto, alla specifica evoluzione culturale e, necessariamente, allo sviluppo di peculiari sensibilità giuridiche⁴. Ne consegue che, normalmente, le esigenze di armonizzazione e di uniformità non dovrebbero spingersi sino a violare i limiti intrinseci propri di ciascun ordinamento interno.

In questa prima sentenza, peraltro, la Corte si è trovata a doversi pronunciare proprio su uno dei temi che, nel corso dell’elaborazione del regolamento, è stato oggetto di un dibattito particolarmente acceso, ovvero la questione dei diritti reali⁵.

Notoriamente, con il termine “diritto reale”⁶ si suole indicare quel diritto patrimoniale caratterizzato da un potere immediato e diretto del titolare su una determinata *res*. I diritti reali vengono tradizionalmente ascritti alla categoria dei diritti soggettivi assoluti, in quanto possono essere fatti valere *erga omnes*⁷ essendo imposto a tutti i consociati un generale dovere di astensione dall’ingerenza (*ius excludendi alios*)⁸. Nondimeno, proprio sul terreno delle specifiche tipologie di diritti

⁴ Si veda A. GAMBARO, U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, 1, Milano, 2010, p. 80 ss.

⁵ V. *infra*, par. 5.

⁶ Nei linguaggi giuridici dei Paesi di *civil law* i diritti reali (così definiti nel sistema italiano) sono identificati con precisione mediante specifica nomenclatura: in Francia si parla di *droit des biens*, in tedesco di *Sachenrecht*, in spagnolo di *derechos reales*, in portoghese di *direitos reais* o *direito das coisas*. Nei sistemi di *common law* la nomenclatura risulta un po’ meno specifica, l’espressione *law of property* identifica l’insieme corrispondente ai diritti reali nel sistema italiano quando lo si voglia designare come categoria ordinante, mentre si ricorre all’espressione latina *iura in rem* quando si voglia mettere in rilievo la caratteristica denotativa del rapporto diretto con la cosa.

⁷ Gli istituti giuridici che distinguono il moderno diritto della proprietà dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, poggiano fondamentalmente su tre principi. Il primo è quello della maggiore efficacia dei diritti reali (*ius in rem*) rispetto a quella dei diritti personali o di obbligazione (*ius in personam*); il secondo è la regola della priorità, stabilita per i diritti reali nel momento della loro pubblicità, a fronte del principio generale (*prior in tempore potior in iure*) che regola l’ordine gerarchico dei diritti personali in funzione della data di perfezionamento del contratto. Per ultimo, nell’aggiudicazione di diritti in contestazione, si accorda protezione all’acquirente in buona fede anche nei confronti del vero proprietario, il che si realizza principalmente in quegli ordinamenti giuridici che si sono dotati di un “registro di diritti”, ma anche, in modo più generico, in altri ambiti, come quello della contrattazione commerciale. Cfr. B. ARRUÑADA, *La contratación de derechos de propiedad: Un análisis económico*, Madrid, 2004, p. 10 ss.

⁸ L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, *Diritti reali*, Milano, 1952, p. 14 ss.; sulla tradizionale bipartizione dei diritti soggettivi in assoluti o relativi, a seconda che al potere del titolare corrisponda un dovere di tutti ovvero di un soggetto determinato, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti soggettivi. a) Diritti assoluti e relativi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, 748 ss.

riconducibili a tale categoria, si scontrano le diverse concezioni che caratterizzano i singoli sistemi nazionali⁹.

Alla luce delle divergenze esistenti tra i diversi ordinamenti, oltre che in modo conforme al dettato del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che esclude qualsiasi ingerenza del diritto sovranazionale in materia di regimi di proprietà (diritto reale *par excellence*¹⁰), dall'ambito di applicazione del regolamento successioni è stata esclusa la "natura dei diritti reali"¹¹. In proposito, il 15° 'considerando', sebbene evidenzi che il regolamento dovrebbe consentire la creazione o il trasferimento per successione di un diritto su un bene immobile o mobile secondo la legge applicabile alla successione, chiarisce che ciò non dovrebbe incidere sul numero limitato (*numerus clausus*¹²) dei diritti reali riconosciuti nei sistemi giuridici nazionali. In altre parole, uno Stato membro non dovrebbe essere tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato in tale Stato qualora la successione sia regolata dalla legge di un altro Paese e il diritto reale in questione sia sconosciuto al proprio ordinamento.

V'è da dire che l'assenza di un obbligo per lo Stato del foro di riconoscere un diritto reale garantito sulla base della *lex successionis* facilmente avrebbe potuto tradursi in una frammentazione della successione, che si sarebbe posta in contrasto con l'approccio unitario sposato incondizionatamente dall'atto europeo, con conseguente incremento dell'incertezza giuridica e frustrazione delle legittime aspettative di pianificazione ereditaria del *de cuius*. Per scongiurare il verificarsi di tali possibili conseguenze negative, il legislatore sovranazionale ha introdotto, all'art. 31, un meccanismo di adattamento dei diritti reali. Tale norma, come si avrà modo di chiarire meglio nel prosieguo¹³, prevede che, qualora il diritto reale invocato sia sconosciuto all'ordinamento in cui è destinato a operare, lo stesso sia adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dall'ordinamento interessato, "tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti". Così facendo il legislatore europeo ha tentato di salvaguardare, nel più ampio numero di casi possibili, tanto l'unità della successione quanto il rispetto della volontà del *de cuius*.

2. La problematica giunta all'esame della Corte è sorta nel momento in cui la signora Kubicka, una cittadina polacca residente in Germania e coniugata con un cittadino tedesco, decideva di fare testamento e di rivolgersi, allo scopo, a un notaio esercente la professione a Slubice, in Polonia. La signora Kubicka era comproprietaria, in parti uguali con il coniuge, del terreno sul quale era stata costruita la casa familiare sita a Francoforte sull'Oder, in Germania, dove la coppia risiedeva abitual-

⁹ P. LAGARDE, *Les principes de bases du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 715 ss. L'A. aveva già preconizzato che questo problema nella pratica si sarebbe presentato sottolineando le differenze nel sistema dei legati tra il diritto francese e quello tedesco. Si veda altresì S. VAN ERP, *The EU Succession Regulation: A Possible Source for Member State "Francovich" Liability?*, in *European Property Law Journal*, 2014, pp. 211-214.

¹⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* (a cura di G. Trabucchi), Padova, 2004, XL ed., p. 513 ss.

¹¹ Art. 1, par. 2, lett. k), regolamento 650/2012.

¹² Si veda per alcune considerazioni U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, p. 67 ss.

¹³ V. *infra*, par. 5.

mente insieme ai due figli minori. La testatrice esprimeva al notaio la volontà che la propria successione fosse regolata, conformemente all'art. 22 del regolamento successioni – che consente di effettuare una *professio iuris* in favore della legge di una propria cittadinanza presente o futura¹⁴ –, dalla legge polacca. In tal modo, al momento dell'apertura della successione, suo marito avrebbe acquistato direttamente, mediante un apposito legato “per rivendicazione”, – consentito sulla base dell'art. 981 cod. civ. polacco, – la quota dei diritti sull'immobile di cui la testatrice risultava essere titolare. Per la restante parte dei beni componenti l'asse successorio, la signora Kubicka chiedeva al notaio che fosse rispettato l'ordine della successione legittima e che, dunque, l'eredità fosse devoluta al marito e ai figli in parti uguali.

La scelta della testatrice di optare per un legato “per rivendicazione” in luogo di un legato ad effetti meramente obbligatori, noto quest'ultimo al sistema successorio tedesco, era dettata dalla volontà di evitare la necessaria partecipazione che sarebbe stata richiesta, in quest'ultimo caso, ai figli minorenni chiamati all'eredità e l'aggravio dei costi che tale diverso istituto avrebbe comportato.

Nondimeno, alla richiesta di inserire all'interno del testamento un tale forma di legato, la testatrice si era vista opporre un rifiuto, poiché in base all'art. 81 della legge sul notariato polacca, sul professionista grava l'obbligo legale di rifiutare il compimento di un atto notarile ritenuto illecito. Il notaio, in particolare, sosteneva che un testamento siffatto sarebbe risultato contrario al diritto tedesco, che rilevava nella specie in quanto *lex rei sitae*, visto che l'immobile in questione era ubicato in Germania. Ciò in quanto, il legato “per rivendicazione”, perfettamente lecito per l'ordinamento polacco, non lo è, al contrario, per il diritto tedesco, dove il legato ha unicamente effetti obbligatori (*legatum per damnationem*).

A seguito del diniego opposto dal notaio, la signora Kubicka proponeva, conformemente alla legge polacca sul notariato¹⁵, un ricorso non giurisdizionale dinanzi al notaio rogante avverso il rifiuto di costui di provvedere alla redazione del testamento, sostenendo che le disposizioni del regolamento (UE) n. 650/2012 dovessero essere interpretate autonomamente e che nessun elemento ostava al riconoscimento degli effetti reali del legato “per rivendicazione”. Vistasi rigettare il ricorso, la stessa si rivolgeva in via giurisdizionale al Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim (il Tribunale regionale di Gorzowie Wielkopolskim in Polonia).

Il tribunale polacco, esaminata la questione, ha ritenuto che in virtù dell'art. 23, par. 2, lettere b) ed e), nonché dell'art. 68, lett. m), del regolamento successioni, il legato “per rivendicazione” rientrasse nell'ambito di applicazione della legge successoria. Nondimeno, il giudice polacco si è chiesto in quale misura la legge del luogo in cui è situato il bene oggetto di legato possa comportare una limitazione degli effetti reali discendenti da un legato “per rivendicazione” previsto dalla *lex successionis*.

In altre parole, così come chiarito dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni presentate alla Corte il 17 maggio 2017¹⁶, occorre stabilire se le norme che escludono determinate questioni dall'ambito di applicazione del regolamento potessero consentire l'applicazione della *lex rei sitae* al fine di giustificare il diniego di riconoscimento degli effetti reali a un legato “per rivendicazione” avente ad oggetto il

¹⁴ V. *infra*, par. 5.

¹⁵ Art. 83.

¹⁶ V. conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot presentate il 17 maggio 2017, punto 4.

diritto di proprietà di un immobile situato in uno Stato membro che non conosce tale forma di legato, ma soltanto il legato obbligatorio.

Ciò posto, viste le incertezze riscontrate, il tribunale polacco ha deciso di portare la questione all'attenzione della Corte di giustizia.

3. Appare con evidenza che il rinvio pregiudiziale proposto sia stato sapientemente orientato allo scopo di sollevare dubbi circa la legittimità della normativa tedesca volta a negare gli effetti reali connessi a legati immobiliari contenuti in testamenti redatti sulla base di una *lex successionis* straniera. Il giudice del rinvio, infatti, ha chiesto alla Corte di chiarire se gli articoli 1, par. 2, lettere k) ed l), e 31 del regolamento debbano essere interpretati nel senso che ostino al diniego del riconoscimento, da parte di un'autorità di uno Stato membro, degli effetti reali del legato "per rivendicazione", per il quale il testatore abbia optato conformemente alla scelta consentita sulla base dell'art. 22, par. 1, nel caso risulti sconosciuto all'ordinamento giuridico in cui è situato il bene¹⁷.

Nel rimettere la questione, il giudice del rinvio ha ipotizzato, posto che la natura dei diritti reali risulta esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento, che il legato "per rivendicazione" previsto dalla legge successoria non potrebbe far sorgere su un bene oggetto di legato diritti reali che non siano contemplati dalla *lex rei sitae*. Nondimeno, a parere del giudice *a quo*, risulta necessario stabilire se tale disposizione escluda parimenti i possibili titoli di acquisto di diritti reali. A questo riguardo, il tribunale polacco ha ritenuto che la questione dell'acquisizione di diritti reali mediante un legato "per rivendicazione" rientrasse esclusivamente nell'ambito della legge successoria, in virtù dell'art. 23, par. 2, lettere b) ed e), nonché dell'art. 68, lett. m), del regolamento. Tuttavia, il giudice del rinvio si è chiesto in che misura la legge del luogo in cui è situato il bene oggetto di tale legato possa comportare una limitazione degli effetti reali di un legato "per rivendicazione" previsto dalla legge successoria scelta.

Non discostandosi dalle conclusioni redatte dall'Avvocato generale Bot¹⁸, la Corte di giustizia ha articolato la propria decisione su tre diversi punti.

In primo luogo, la Corte ha chiarito che tanto il legato "per rivendicazione", previsto dal diritto polacco, quanto il legato obbligatorio, previsto dal diritto tedesco, costituiscono modalità di trasferimento della proprietà di un bene, ossia di un diritto reale conosciuto in entrambi gli ordinamenti giuridici interessati. Il fatto che uno dei due tipi di legato sia ad effetti reali e l'altro ad effetti obbligatori, secondo la Corte, non modifica il contenuto del diritto che alla fine sarà esercitato sul bene. Ciò che risulta diversa è solo la modalità di trasferimento di tale diritto di proprietà, che in un caso risulta diretta mentre nell'altro indiretta e si concretizza mediante la creazione di un diritto personale in favore del legatario. Poiché le modalità di trasferimento non possono considerarsi ricomprese nell'esclusione di cui all'art. 1, par. 2, lett. k), del regolamento, che attiene unicamente alla determinazione della natura e del numero di diritti reali, la risoluzione della questione sottoposta, secondo la Corte, non può passare da tale disposizione. Ne consegue che la stessa debba essere interpretata nel senso che osta al diniego del riconoscimento degli effetti reali all'interno di uno Stato membro, di un legato "per rivendicazione", seppur estraneo al relativo sistema giuridico.

¹⁷ Sentenza *Kubicka*, punto 40.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, punti 46 e 47.

In secondo luogo, la Corte passa ad occuparsi dell'esclusione prevista dall'art. 1, par. 2, lett. l), del regolamento e della sua corretta interpretazione. In particolare, nell'argomentazione della Corte viene evidenziato che all'interno di suddetta disposizione deve ritenersi compresa qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili e immobili, inclusi i requisiti legali e gli effetti relativi a tale iscrizione. Nondimeno, tale norma deve essere letta congiuntamente a quanto chiariscono il 18° e 19° 'considerando' del preambolo, che contribuiscono a delimitarne la portata. Secondo la Corte, infatti, e come chiarito dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni¹⁹, posto che l'art. 1, par. 2, lett. l), del regolamento riguarda solo le iscrizioni in un registro dei diritti su beni mobili o immobili, con specifico riferimento ai requisiti legali e agli effetti, non vi possono essere ricompresi per via di interpretazione estensiva "le condizioni alle quali tali diritti sono acquisiti". Tale impostazione, a parere della Corte, è supportata dal principio dell'unità della legge applicabile alla successione, disciplinato dall'art. 23 del regolamento e, in particolare, dal par. 2, lett. e), il quale prevede che tale legge regoli "il trasferimento agli eredi e, se del caso, ai legatari, dei beni, dei diritti e delle obbligazioni". D'altronde, diversamente argomentando, secondo la Corte, si andrebbe a comprimere una finalità perseguita dal regolamento menzionata dal 7° 'considerando', ovvero garantire il buon funzionamento del mercato interno rimuovendo gli ostacoli alla libera circolazione delle persone. A motivo di ciò, la Corte conclude su questo punto affermando che consentire all'art. 1, par. 2, lett. l), di escludere dall'ambito di applicazione del regolamento l'acquisto della proprietà di un bene mediante legato "per rivendicazione" comporterebbe una frammentazione della successione incompatibile con il tenore dell'art. 23 e con gli obiettivi perseguiti dal regolamento. Ancora una volta, quindi, l'art. 1, par. 2, lett. l), deve essere interpretato nel senso che "osta al diniego del riconoscimento degli effetti reali all'interno di uno stato membro, di un legato 'per rivendicazione', seppur estraneo al proprio sistema giuridico".

La Corte ha sviluppato ulteriormente la propria argomentazione ricordando che il legislatore sovranazionale ha previsto la creazione di un certificato successorio europeo – sebbene non richiesto dalla testatrice nel caso di specie –, che ai sensi dell'art. 69, par. 1, del regolamento produce effetti in tutti gli Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. Nessuna menzione, però, è dato rinvenire nel ragionamento della Corte circa la non obbligatorietà dello stesso, l'alternabilità rispetto ai certificati nazionali e soprattutto, circa il fatto che ai sensi dell'art. 69, par. 5, "il certificato costituisce titolo idoneo per l'iscrizione di beni ereditari nel pertinente registro di uno Stato membro, fatto salvo l'articolo 1, paragrafo 2, lettere k) e l)" (corsivo aggiunto).

Sul terzo e ultimo punto, ovvero l'art. 31 del regolamento che, come osservato, prevede il ricorso all'adattamento dei diritti reali, la Corte si sofferma brevemente, limitandosi a statuire che la disposizione in esame non trova spazio nella soluzione giuridica da fornire al caso di specie. In particolare, la Corte evidenzia che l'art. 31, non diversamente dall'art. 1, par. 2, lett. k), incide non già sulle modalità di trasferimento dei diritti reali ma unicamente sul contenuto dei diritti reali, determinato dalla legge applicabile alla successione (*lex successionis*) e sul loro recepimento nell'ordinamento giuridico dello Stato membro nel quale sono invocati (*lex rei*

¹⁹ *Ivi*, punto 60.

sitae). Poiché è pacifico che il diritto tedesco conosca il diritto di proprietà che sarebbe trasmesso al legatario in virtù del diritto polacco sulla base di un legato “per rivendicazione”, in modo condivisibile la Corte evidenzia che non sarebbe necessario procedere a nessun adattamento.

Sulla base del descritto ragionamento logico-giuridico, la Corte di giustizia ha concluso che l'art. 1, par. 2, lettere k) ed l), nonché l'art. 31 del regolamento 650/2012 devono essere interpretati nel senso che essi ostano al diniego di riconoscimento, da parte di un'autorità di uno Stato membro, degli effetti del legato “per rivendicazione”, conosciuto dal diritto applicabile alla successione, per il quale un testatore abbia optato conformemente all'art. 22, par. 1, qualora questo diniego si fondi sul fatto che tale legato ha ad oggetto il diritto di proprietà su un immobile situato in uno Stato membro, la cui legislazione non conosce l'istituto del legato ad effetti reali diretti alla data di apertura della successione. In altre parole, dunque, la Corte ha respinto la possibilità per uno Stato membro di negare il riconoscimento degli effetti di un legato “per rivendicazione”, previsto dalla *lex successionis* ma non dalla *lex rei sitae*, qualora tale diniego si fondi unicamente sul motivo che tale legato, pur avendo ad oggetto un diritto reale conosciuto all'ordinamento di destinazione, abbia effetti reali anziché obbligatori, così come richiederebbe il sistema giuridico in cui è situato il bene.

4. Appare a questo punto opportuno soffermarsi brevemente sulle discipline nazionali prese in esame nella pronuncia in commento.

Il *Kodeks Cywilny* (ovvero il codice civile polacco) prevede al suo interno due diverse forme di legato, quello “per rivendicazione” a efficacia reale (art. 981), che richiede necessariamente l'atto pubblico, e quello ad effetti obbligatori (art. 968) per il quale il testatore può scegliere qualsiasi forma testamentaria lecita, incluso il testamento olografo. Ai sensi dell'art. 981, par. 2, punto 2), del codice civile polacco, il legato “per rivendicazione”, che è quello oggetto della questione che ha occupato la Corte nella pronuncia in commento, può avere ad oggetto, come nel caso di specie, un diritto patrimoniale trasferibile.

Nondimeno, come già ricordato, ai sensi dell'art. 81 della *Prawo o Notariacie* del 14 febbraio 1991²⁰ (la legge che ha introdotto il codice notarile) come modificata dalla legge del 13 dicembre 2013²¹, incombe sul notaio rogante l'obbligo di rifiutare il compimento di un atto notarile qualora dovesse rivelarsi illecito. Il notaio, nel caso di specie, aveva ravvisato tale illiceità poiché il legato in questione riguardava un immobile ubicato in Germania, il cui ordinamento non prevede tale tipo di legato. Inoltre, sempre il codice notarile, questa volta all'art. 83, par. 2, prevede che il rifiuto di compiere un atto notarile sia soggetto a controllo se la persona interessata dal rifiuto propone ricorso. Tale ricorso, in un primo tempo viene esaminato nell'ambito di un procedimento non giurisdizionale dinanzi allo stesso notaio rogante il quale, qualora lo ritenga fondato, può compiere l'atto precedentemente omissso, operando, per così dire, in autotutela. Al contrario, in caso di rigetto, come

²⁰ *Notary Public Law Act 1991*, Dz. U. 91 N. 22, posizione 91 e ss.mm.ii. V. In generale S. RUDNICKI, *Komentarz do ustawy o ksi_gach wieczystych i hipotece oraz do przepisów o post-powaniu w sprawach wieczystoksi_gowych* (Commentary to the Land Register and Mortgage Act and to the Provisions on the Land Register Procedure), Warsaw, 2002, p. 17.

²¹ Dz. U. del 2014, posizione 164.

avvenuto nel caso di specie, la competenza a esaminare la questione, ad istanza della parte interessata, passa al *Sqd Okręgowy* (Tribunale regionale).

Diversamente, in base al diritto tedesco (§§ 2147 e 2174 BGB) soltanto il legato “obbligatorio”²², ovvero produttivo di effetti giuridici obbligatori, è ammissibile²³. Ne consegue che il legato fa nascere, al momento dell’apertura della successione, un mero credito che il legatario acquista nei confronti degli eredi, credito rivolto al trasferimento della proprietà o della titolarità del bene oggetto del legato²⁴.

È principio generalmente riconosciuto nell’ordinamento tedesco (e non solo) che le parti non dispongono del potere di costituire nuovi diritti reali diversi da quelli previsti e regolati dalla legge (*Typenzwang*) ovvero mutare il contenuto di quelli già esistenti (*Typenfixierung*)²⁵. La *ratio* di tale divieto è da rinvenirsi nell’esigenza di assicurare agli acquirenti di beni immobili, così come agli eventuali creditori che intendano costituire una garanzia su un bene immobile, il contenuto e le caratteristiche dei diritti loro opponibili, agevolando in questo modo la circolazione dei beni, la certezza giuridica e delle contrattazioni. Nel sistema tedesco inoltre per poter rendere opponibile ai terzi la proprietà di un bene è necessaria la c.d. *Auflassung* (par. 925 BGB)²⁶, una dichiarazione pubblica delle parti resa dinanzi ad un notaio, mediante la quale viene espresso il consenso al trasferimento di proprietà di un bene immobile. L’*Auflassung* dà luogo ad un accordo considerato un contratto reale astratto (*abstrakter dinglicher Vertrag*) in quanto indipendente dalle obbligazioni contrattuali che lo giustificano. L’iscrizione nei libri fondiari (*Grundbücher*) avviene attraverso il consenso formale (*Einigung*, par. 873 BGB) contenuto nell’*Auflassung* che legittima, esso solo, l’iscrizione (*Eintragung*) in base ad un controllo di mera legalità formale (*Legalitätsprinzip*) da parte del giudice del registro.

A motivo di ciò, e conformemente ad una giurisprudenza ormai consolidata delle corti tedesche, sebbene formatasi anteriormente all’entrata in vigore del regolamento successioni, gli effetti reali dei legati “per rivendicazione” stranieri, aventi ad oggetto un immobile situato in Germania, non venivano riconosciuti ogniqualvolta la legge applicabile alla successione non fosse in grado di determinare l’acqui-

²² Sulla questione P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 715 ss.

²³ M. RUDY, *Münchener Kommentar zum BGB*, Monaco di Baviera, 2013, VI ed., Introd. § 2174 BGB annotaz. 1.

²⁴ Tra i vari ordinamenti nazionali, la questione dei *genera legatorum* è una di quelle nella quale il coordinamento incontra maggiori difficoltà. Si pensi ad esempio all’ordinamento italiano che, notoriamente, prevede una distinzione fra legato di specie e legato di genere corrispondente soltanto parzialmente a quella romanistica fra legato *per vindicationem* e legato *per damnationem*. In questo caso la distinzione contemplata dal diritto italiano ha avuto riguardo, peculiarmente, alle modalità utilizzate per identificare l’oggetto del legato, che costituisce una disposizione successoria a titolo particolare. Il legato di specie trasferisce direttamente la proprietà al legatario mentre quello di genere gli attribuisce un diritto personale di ricevere la cosa. Al contrario, il codice civile generale austriaco (§ 684 ABGB), il codice civile tedesco (§ 2174 BGB) e il codice civile svizzero (art. 562) recepiscono la nozione di legato meramente obbligatorio.

²⁵ Si veda L. RAISER, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen, 1961, p. 45 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1982, XIII ed., p. 50 ss.

²⁶ L’*Auflassung* è definita dal par. 925 del BGB come una dichiarazione del venditore e del compratore espressa dinanzi ad un notaio e concernente il trasferimento di un immobile. Le parti devono limitarsi a esprimere il loro consenso al trasferimento di un bene. L’*Auflassung* deve essere fondata su un titolo a cui rinvia, ma non può contenere patti o condizioni desunti dal titolo, né essere sottoposta a termini o condizioni, cfr. K. LARENZ, *op. cit.*, p. 50 ss.

sizione dei diritti sul bene in questione²⁷. In una sentenza del 1994, la Corte suprema federale ha riqualificato il legato straniero ad effetti reali, riferito a un bene situato in Germania, come legato a meri effetti obbligatori²⁸. Questo perché, ad avviso dei giudici, il legato ad effetti reali sarebbe risultato incompatibile con il numero chiuso dei modi di acquisto della proprietà, stabilito dalla legge tedesca in qualità di *lex rei sitae* (art. 43 EGBGB). In questo senso, secondo la Corte tedesca, la *lex rei sitae* deve prevalere sulla *lex successionis*.

Ne consegue che, come evidenziato, secondo la legge tedesca, l'iscrizione del legatario quale proprietario del bene nei registri immobiliari può essere effettuata soltanto mediante un ulteriore atto notarile contenente un contratto di trasferimento della proprietà sull'immobile stipulato tra gli eredi e il legatario ai fini dell'esecuzione del legato o, in mancanza, mediante una decisione giudiziaria che lo sostituisca.

Dall'entrata in vigore del regolamento successioni, che ha necessariamente modificato gli equilibri, per l'ordinamento tedesco i legati "per rivendicazione" sono oggetto di un adattamento sotto forma di legati "obbligatori", ai sensi dell'art. 31. La predetta esigenza, esplicitata dal governo tedesco in sede di adozione del regolamento, è stata reiterata anche nella motivazione che accompagna la legge tedesca con la quale il diritto interno è stato modificato per consentire la corretta applicazione della normativa sovranazionale. In particolare, nella suddetta motivazione è stato chiaramente indicato che, nonostante l'entrata in vigore del regolamento, l'ordinamento tedesco non si ritiene obbligato a riconoscere un legato "per rivendicazione" contenuto in un testamento redatto all'estero, pur se in modo legittimo ai sensi della *lex successionis*²⁹.

Le divergenze che si evidenziano nelle due normative nazionali ma, soprattutto, la "riserva" proposta dalla Germania sulla questione hanno posto in luce, *ab origine*, un contrasto inevitabile che, prevedibilmente, la Corte di Lussemburgo, alla prima occasione utile, è stata chiamata a risolvere.

5. Per comprendere a fondo la pronuncia in commento, appare a questo punto utile esaminare da vicino le norme del regolamento richiamate dalla Corte.

In linea generale, tre sono le caratteristiche principali che contraddistinguono la nuova normativa europea in materia di successioni. In primo luogo, il fatto di recare una disciplina onnicomprensiva³⁰, volta a regolare tutti gli aspetti che pos-

²⁷ Si veda P. KINDLER, *Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco: profili generali e successione nei beni produttivi*, pp. 8-9, scritto basato sulla relazione che l'A. ha tenuto in occasione del seminario "La successione ereditaria nel patrimonio produttivo e nella ricchezza familiare" del 28 novembre 2014 a Bolzano, organizzato dalla Scuola di Notariato del Comitato Triveneto con il patrocinio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, reperibile su notai.bz.it.

²⁸ *Bundesgerichtshof*, sentenza del 28 settembre 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 58.

²⁹ *Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz* (legge sui procedimenti in materia di diritto internazionale delle successioni), del 29 giugno 2015, BGBI I, p. 1042, dove si rinviene il seguente passaggio "[I]l diritto tedesco non conosce il legato "per rivendicazione", cosicché non è obbligatorio riconoscerlo nel contesto [di questo] regolamento [art. 1, par. 2, lett. k) del medesimo regolamento]. Il diritto tedesco procedeva già, fino ad oggi, all'adattamento di un siffatto legato al fine di trasformarlo in diritto rientrante nell'ambito di applicazione del diritto delle obbligazioni (legato 'obbligatorio'). L'art. 31 [di detto] regolamento non muta in alcun modo la situazione esistente".

³⁰ La disciplina sui conflitti di legge in materia di successione contenuta nel regolamento è completa ed esaustiva, la dottrina tedesca ne ha parlato come "*eine kollisionsrechtliche Totallösung*" v. R. GEI-

sono riguardare una successione transfrontaliera – dalla giurisdizione, alla legge applicabile fino al riconoscimento di atti e decisioni – con la diretta e immediata conseguenza, grazie all’applicazione *erga omnes* delle norme di conflitto e alla previsione di criteri residuali di competenza giurisdizionale, di escludere l’applicabilità delle norme di diritto internazionale privato proprie di ciascuno Stato membro in materia³¹. In secondo luogo, la nuova disciplina adotta un approccio di tipo unitario alla successione, sposando (quasi) incondizionatamente il principio monista. Infine, le nuove regole tendono a favorire la coincidenza tra *forum* e *ius* (*Gleichlauf*) così da garantire, nel più ampio numero di casi possibili, che un giudice interno decida applicando il proprio diritto nazionale.

Il regolamento si applica alle successioni a causa di morte che comprendono, seguendo la definizione fornita dall’art. 3, lett. a), “qualsiasi modalità di trasferimento dei beni, diritti e obbligazioni a causa di morte” sia per effetto di disposizione volontaria, sia per effetto di successione legittima³². Trattandosi di un atto di diritto internazionale privato europeo, pur in mancanza di un espresso riferimento in tal senso nella lettera del testo, il regolamento trova applicazione unicamente alle fattispecie che presentino un carattere transazionale³³, esattamente come il caso giunto all’attenzione della Corte di giustizia³⁴.

MER, *DIE EUROPÄISCHE ERBRECHTSVERORDNUNG IM ÜBERBLICK*, IN J. HAGER (ed.), *Die neue europäische Erbrechtsverordnung. Tagungsband*, Baden-Baden, 2013, p. 19.

³¹ Per i profili di impatto delle norme del regolamento su fenomeni successori in cui rilevino contatti con Stati terzi, F. MARONGIU BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation and Third Country Courts*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 545-565.

³² A questo proposito la dottrina ha avuto modo di evidenziare come non sia sufficiente riferirsi unicamente alla definizione contenuta nell’art. 3, par. 1, e come occorra considerare il regolamento nel suo insieme per assicurarne una corretta lettura v. P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 285 ss. Rilievi analoghi in A. BONOMI, *Article 1*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2013, p. 72. Viene altresì evidenziato che quella di cui all’art. 3 del regolamento è una “nozione autonoma che, al pari di tutte le altre dello stesso genere, deve essere costruita in modo uniforme”: A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Torino, 2014, p. 24.

³³ Sebbene manchi una precisazione nel regolamento che ne limiti l’applicabilità unicamente a situazioni internazionali, è chiaro che il regolamento non intenda applicarsi a situazioni puramente interne. Lo stesso 7° ‘considerando’ si riferisce a successioni “con implicazioni transfrontaliere”. La dottrina, al riguardo è unanime, si vedano tra gli altri A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 25, dove viene sottolineato che “è (...) evidente che il presupposto dell’esistenza di un conflitto di leggi è implicito nella funzione stessa del regolamento”; nonché C. NOURISSANT, in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Parigi, 2013, p. 20. Nello stesso senso A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il Regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, p. 13; A. DUTTA, in *Müncher Kommentar*, Art. 1 EuErbVO, n. 36. Inoltre, a riprova di ciò, occorre evidenziare che la questione della legge applicabile alla successione non può porsi in assenza di elementi di estraneità. È stato osservato, infatti, che a differenze delle obbligazioni contrattuali (art. 3 del regolamento Roma I), la scelta di legge prevista dall’art. 22 può essere effettuata soltanto in favore della legge nazionale *de cuius*; pertanto non è possibile ipotizzare che la scelta stessa venga utilizzata per internazionalizzare una situazione puramente interna. Inoltre, a tale riguardo, una conferma arriva anche dall’art. 38 del regolamento che ne esclude l’applicazione a conflitti di leggi interstatuali nel caso di ordinamenti plurilegislativi, A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo*, cit., p. 14 ss.

³⁴ D’altronde la stessa giurisprudenza precedente della Corte di giustizia evidenzia che l’applicazione di uno strumento di diritto internazionale europeo “presuppone l’esistenza di un elemento di estraneità”: sentenza del 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, punto 25. La pronuncia in questione si rife-

Il campo di applicazione *ratione materiae* del regolamento è determinato all'art. 1 tanto in positivo quanto in negativo, ovvero, facendo seguire ad un'indicazione delle materie che ne formano oggetto, un'elencazione di quelle che, al contrario, risultano escluse³⁵. In particolare, la norma si apre con un primo paragrafo in cui genericamente si fa riferimento alle successioni a causa di morte specificando che il regolamento non concerne la materia fiscale, doganale e amministrativa. In seguito, al par. 2, la norma elenca una serie di materie non ricomprese nella disciplina sovranazionale, tra cui, per quanto rileva ai fini del caso in esame, la lett. k), riguardante la natura dei diritti reali, e la lett. l), concernente qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione e gli effetti che ne discendono.

Come la sentenza in commento ha avuto modo di evidenziare, la problematica connessa all'esclusione dei diritti reali appare alquanto complessa³⁶. A ciò si aggiunga che la possibilità di regolare il riconoscimento di diritti reali, che secondo il tenore letterale del regolamento le istituzioni europee si sono astenute dal fare, si sarebbe comunque scontrata con i limiti imposti dai Trattati istitutivi³⁷. Come è noto, infatti, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, nulla è stato modificato rispetto alla volontà degli Stati membri di attribuire all'Unione europea nuove o più ampie competenze con riguardo ai regimi di proprietà, la cui disciplina rimane, in base a quanto chiarisce l'art. 345 TFUE (*ex art.* 295 TCE) ad esclusivo appannaggio dei singoli Stati.

Ad ogni buon conto, è opportuno richiamare l'attenzione anche su un ulteriore profilo di criticità. Il problema della linea di demarcazione tra l'ambito della legge successoria e quello della legge applicabile ai diritti reali non è sempre facile da tracciare all'interno dei singoli ordinamenti nazionali posto che si tratta di questioni estremamente complesse e spesso strettamente correlate³⁸. Da qui l'esclusione *tout court* dall'ambito di applicazione del regolamento della natura dei diritti reali (art. 1, lett. k). Chiaramente, se da una parte, l'approccio monista adottato dal regolamento impedisce che, con riferimento ai beni immobili, venga in rilievo la *lex rei sitae*, ciò che avrebbe consentito nel caso di specie una coincidenza tra lo statuto reale e lo statuto successorio³⁹, dall'altra parte questa esclusione, che riguarda il contenuto e la costituzione ma non anche il trasferimento dei diritti reali, non è comunque in grado, come dimostra la problematica risolta dalla Corte di giustizia, di coprire interamente tutte le varie questioni che potrebbero porsi con riferimento ai diritti stessi⁴⁰.

riva all'applicazione delle regole di competenza stabilite dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

³⁵ Allo stesso modo i regolamenti Bruxelles I, Bruxelles II *bis*, Roma I e Roma II.

³⁶ Tali diritti si fondano in ogni Stato su tradizioni proprie da cui possono derivare significative differenze, si confronti lo studio svolto dal gruppo diretto da S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*, Oxford, 2012, p. 1170.

³⁷ Ci si riferisce in particolare a quanto statuisce l'art. 345 TFUE, laddove viene esplicitamente indicato che "i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

³⁸ La questione ha interessato già la dottrina più risalente. A. EGGER, *La transfert de propriété dans les successions internationales – étude comparative de droit interne et de droit international*, Georg, 1982.

³⁹ A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo*, cit., p. 70.

⁴⁰ Il regolamento, in questo caso, ha adottato un approccio diverso rispetto a quello adottato dalla Convenzione dell'Aja del 1989 che, al contrario, non escludeva dal proprio ambito di applicazione i diritti reali. Tanto era il timore di entrare all'interno di questioni troppo complesse che si sarebbero andate ad aggiungere alle molteplici altre questioni che hanno accompagnato l'adozione del regolamento che la

In tutti gli ordinamenti europei, sebbene con procedure e regole diverse, l'acquisto di diritti reali può, evidentemente, avvenire anche per via successoria. Di conseguenza, sarà proprio la legge che regola la successione a dover determinare le modalità di acquisto di tali diritti di cui il beneficiario diventerà titolare. Ragionando altrimenti si creerebbe necessariamente una frammentazione nella legge applicabile alla successione che, come già evidenziato, non è ammessa, in via generale, dal regolamento. Che le cose stiano in questo modo è avvalorato anche dal contenuto del ricordato 15° 'considerando', in base al quale il regolamento "dovrebbe consentire la creazione o il trasferimento per successione di un diritto su un bene immobile o mobile secondo la legge applicabile alla successione". Questo, tuttavia, genera un problema di coordinamento qualora il *de cuius* abbia incluso nel proprio testamento disposizioni a titolo particolare o legati che non consentono, come quello obbligatorio, il trasferimento immediato della proprietà alla morte del testatore. Gli sviluppi connessi a un legato di questo tipo, che sarà inserito nel testamento grazie alla legge successoria che lo contempla, non potranno poi essere regolati dalla legge successoria stante che il trasferimento in questo caso avrà luogo per atto *inter vivos* tra gli eredi e il legatario, che esulano dal campo di applicazione del regolamento⁴¹.

Ciò che occorre capire, ed è poi la questione su cui si è soffermata la Corte, è se il *modus adquirendi*, ovvero le modalità di realizzazione del trasferimento del diritto reale, rientrino o meno nella disciplina del regolamento.

Come è stato osservato in dottrina "se così fosse, occorrerebbe distinguere il ruolo della legge applicabile alla successione che si limiterebbe a creare un titolo causale per la trasmissione del diritto, e la legge regolatrice del diritto reale, alla quale spetterebbe il compito di precisare le modalità concrete di realizzazione del trasferimento, contemplato in termini astratti dalle norme successorie"⁴². Nondimeno di una simile interpretazione, che sarebbe pur possibile ma in un sistema di tipo dualista, non si rinviene traccia nel regolamento. Ne consegue che, secondo la Corte, e come sostenuto dall'Avvocato generale Bot nelle proprie conclusioni⁴³, l'esclusione prevista all'art. 1, par. 2, lett. k), del regolamento non riguarda le modalità di trasferimento di un diritto reale ma si limita ad escludere la determinazione della natura del diritto stesso.

Ciò posto, la questione dei diritti reali si scontra anche con l'esistenza all'interno di ciascun ordinamento di un principio di tipicità e di un *numerus clausus*⁴⁴ di diritti, di cui l'ordinamento tedesco costituisce un esempio, sul quale il regolamento, con tutta evidenza, non ha voluto, *rectius* non ha potuto, intervenire⁴⁵.

Commissione sin da subito aveva proposto nell'art. 1, par. 3, lett. j, che l'esclusione riguardava tanto "la natura dei diritti reali sui beni" quanto la "pubblicità di tali diritti". Nel testo definitivo, come noto, questi due aspetti sono stati entrambi recepiti ma scissi in due differenti disposizioni rispettivamente l'art. 1, par. 2, lett. k), e l'art. 1, par. 2, lett. l).

⁴¹ M. BUSCHBAUM, *Die künftige Erbrechtsverordnung – Wegbereiter für den acquis im europäischen Kollisionsrecht*, in H.P. MANSEL e al. (eds.), *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft: Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner*, Heidelberg, 2012, p. 596 ss.

⁴² A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo*, cit., p. 71. Nello stesso senso anche A. DUTTA, *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of the Europeanisation*, in *RabelsZ*, 2009, pp. 547-606, spec. p. 557.

⁴³ Conclusioni Avvocato generale Bot, punti 9 e 48.

⁴⁴ B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, in *Intersentia*, 2008, p. 33.

⁴⁵ 15° 'considerando'.

Ne consegue che, in assenza di un'armonizzazione tra gli Stati membri, i diritti reali e le loro modalità di trasmissione risultano spesso diversi. Ciò posto, in base a quanto evidenzia ancora una volta il 15° 'considerando', uno Stato membro "non dovrebbe essere tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato in tale Stato membro se il diritto reale in questione non è contemplato dal suo diritto patrimoniale".

Tuttavia, come si è già accennato nella parte introduttiva del presente scritto, per evitare che questa limitazione si concretizzasse in un generalizzato rifiuto da parte di uno Stato membro di riconoscere un diritto reale validamente attribuito secondo la legge applicabile alla successione, il legislatore europeo ha predisposto un meccanismo di adattamento previsto dall'art. 31, secondo il quale il diritto trasmesso in forza della legge successoria debba essere adattato "al diritto reale equivalente più vicino"⁴⁶. In pratica, l'operazione ermeneutica richiesta, che si dovrà avvalere degli strumenti offerti dal diritto comparato, passa per un necessario accostamento tra il diritto reale riconosciuto sulla base della *lex successionis* e i diritti contemplati dalla *lex rei sitae* al fine di rinvenire, in quest'ultimo ordinamento, un istituto giuridico che svolga le medesime funzioni⁴⁷. Con l'inserimento di tale disposizione, molto opportunamente, da una parte si è consentito agli Stati di proteggere il loro *numerus clausus*, mentre dall'altro si è cercato di salvaguardare la libertà testamentaria del *de cuius*. Nondimeno, perché tale disposizione possa venire in rilievo è necessario che il diritto reale in questione sia "sconosciuto" alla legislazione dello Stato membro interessato. La norma in esame, anch'essa richiamata dal giudice del rinvio nel caso *de quo*, è stata espunta dal ragionamento logico-giuridico dalla Corte in quanto non pertinente per la risoluzione della questione, posto che, nel caso di specie, il diritto reale venuto in rilievo era il diritto di proprietà ben noto tanto all'ordinamento tedesco quanto a quello polacco, e, dunque, obiettivamente, nessun adattamento *ex art.* 31 si rendeva effettivamente necessario.

Restano al di fuori della disciplina del regolamento anche le questioni concernenti la tenuta dei registri dei diritti sui beni mobili o immobili, inclusi gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione in essi di tali diritti, *ex art.* 1, par. 2, lett. l), che continueranno ad essere disciplinati dal diritto interno⁴⁸. Devono considerarsi

⁴⁶ Di segno contrario la proposta originaria COM(2009)0154 def. che non conteneva questa disposizione, ma si limitava ad escludere dal campo di applicazione del regolamento "la natura dei diritti reali". La stessa Commissione europea nelle proprie osservazioni aveva evidenziato al riguardo: "Il regolamento non pregiudica il *numerus clausus* dei diritti reali degli Stati membri, la qualificazione dei beni e dei diritti e la determinazione delle prerogative del titolare di tali diritti. Di conseguenza, è nulla, in linea di principio, la costituzione di un diritto reale sconosciuto all'ordinamento giuridico del luogo in cui si trova il bene. Il diritto successorio non può comportare che, nello Stato membro in cui si trova il bene, venga introdotta una suddivisione o una modalità del diritto di proprietà che quello Stato non conosce. A mo' di esempio, non è possibile introdurre un usufrutto in uno Stato che non conosce tale diritto".

⁴⁷ Si vedano sull'art. 31 le considerazioni di J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 julio 2012: Análisis crítico*, Granada, 2014, p. 214 ss. L'A. parla di "grado de desconocimiento" del diritto previsto dalla legge straniera e indica che l'adattamento in questione si concretizza in una "conversión" nel diritto più vicino.

⁴⁸ Come è stato osservato da E. JACOBY, *Le certificat successoral européen et les registres fonciers*, in *Juris-Classeur Périodique, Edition Notariale*, 2013, act. 343, pp. 5-8, tale esclusione si spiega poiché le norme che regolano l'iscrizione nei registri "touchent à l'organisation d'un service public" e appartengono, per tale ragione, alla competenza esclusiva dello Stato membro interessato. D'altronde, una norma simile si rinviene anche nell'art. 11 del regolamento che contempla gli effetti delle procedure d'insolvenza sui diritti del debitore su un bene immobile soggetto all'iscrizione in un pubblico registro. Tali

interessati dall'esclusione unicamente i registri pubblici, vale a dire quelli tenuti e organizzati obbligatoriamente e disciplinati dalla legge⁴⁹. Si tratta di un'esclusione di carattere generale, che riguarda tutte le questioni connesse all'iscrizione in un registro. Per garantire una più facile comprensione dell'ambito di applicazione di tale disposizione, il regolamento menziona espressamente due questioni che devono ritenersi ricomprese nell'esclusione, ovvero i requisiti legali e gli effetti dell'iscrizione.

Per ciò che concerne i requisiti legali, la norma va letta alla luce di quanto chiarisce il 18° 'considerando' laddove precisa che anche le "modalità" con cui tale iscrizione viene effettuata devono considerarsi escluse dall'ambito di applicazione del regolamento. Ne consegue che per tali questioni, la legge applicabile dovrà essere determinata sulla base del diritto nazionale. Evidentemente, per i beni immobili si tratterà della *lex rei sitae*, ma questo non è necessariamente vero per ciò che concerne i beni mobili. Ad ogni buon conto, secondo quanto evidenzia il 18° 'considerando', spetta "alla legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro" disciplinare i vari aspetti connessi all'esclusione operata dal regolamento⁵⁰.

Con riguardo agli effetti, si fa riferimento, in particolare, alla questione del carattere dichiarativo ovvero costitutivo di tale iscrizione. Nel primo caso, l'iscrizione avrà valore per rendere l'operazione opponibile ai terzi⁵¹ mentre, nel secondo caso, l'iscrizione è necessaria per la costituzione del titolo⁵². In quest'ultima ipotesi, peraltro, si porrebbe un problema di coordinamento posto che la legge applicabile alla successione, ai sensi dell'art. 23, par. 2, lettere e) e j), disciplina il trasferimento dei beni, dei diritti e delle obbligazioni agli eredi e ai legatari. Ne consegue che se sulla base della *lex successionis* un soggetto è divenuto proprietario di un bene che è sottoposto a iscrizione con valore costitutivo nel Paese in cui il bene è situato, potrebbe vedersi opporre la mancanza di registrazione. Sebbene una tale soluzione "potrebbe contraddire gli effetti del trasferimento e della divisione previsti dalla legge applicabile alla successione"⁵³, non pare possibile argomentare in modo diverso anche alla luce di quanto evidenzia il 19° 'considerando' sul punto. In particolare, viene rilevato che "ove l'acquisizione di un diritto su un bene immobile debba essere iscritta in un registro a norma della legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro al fine di assicurare efficacia *erga omnes* dei registri o di tutelare

questioni non sono disciplinate dalla *lex concursus* ma dalla legge dello stato membro sotto la cui autorità è tenuto il registro. Si veda per un commento F. MARONGIU BUONAIUTI, *Dibattito sul Sidiblog: La revisione del regolamento sulle procedure di insolvenza / The EU Regulation on Insolvency Proceedings (recast) (3) il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (ue) n. 2015/848 di rifusione*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2016, reperibile online.

⁴⁹ La proposta iniziale del Parlamento europeo, art. 20-bis, si riferiva unicamente ai "registres publics" (Parlament européen, Commission des affaires juridique, Projet de rapport sur la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 2009/0157(COD), Kurt Lechner, 23 febbraio 2011).

⁵⁰ Si vedano le considerazioni di S. VAN ERP, *The New Succession Regulation: The Lex Rei Sitae Rule in Need of Reappraisal?*, in *European Property Law Journal*, 2012, p. 2, secondo il quale l'esclusione deve intendersi in modo restrittivo ed è la *lex registrationis* a venire in rilievo.

⁵¹ L'iscrizione ha valore dichiarativo in Francia, Italia, Belgio e Lussemburgo.

⁵² Così avviene in Germania, Austria e Paesi Bassi.

⁵³ A. BONOMI, P. WAULETEL, *Il regolamento europeo*, cit., p. 78.

le transazioni giuridiche, il momento di detta acquisizione deve essere disciplinato dalla legge di tale Stato membro”.

Nella motivazione della sentenza della Corte viene altresì richiamata la disciplina contenuta nel regolamento con riferimento al certificato successorio europeo, sebbene anch'essa non rilevante per la risoluzione del caso di specie visto che la testatrice aveva richiesto al notaio di redigere un testamento secondo la legge nazionale polacca e non anche l'emissione di un certificato successorio europeo⁵⁴.

Ciò posto, in linea generale, l'art. 1, par. 2, lett. l), va letto e coordinato con un'altra disposizione presente nel regolamento, ovvero l'art. 69, par. 5, il quale stabilisce, seppur facendo salva espressamente la suddetta esclusione, che il certificato successorio europeo “costituisce titolo idoneo per l'iscrizione di beni ereditari nel pertinente registro di uno Stato membro”.

L'art. 69, par. 5, chiarisce che il certificato successorio costituisce titolo idoneo per l'iscrizione di beni ereditari nel pertinente registro di uno Stato membro ma fatto salvo l'art. 1, par. 2, lettere k) e l), ovvero le norme già esaminate e riguardanti la natura dei diritti reali e qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili. Tuttavia, secondo la Corte, non sarebbe possibile trarre un argomento per negare l'iscrizione dalla circostanza che tale disposizione prende in considerazione anche il caso di esclusione previsto all'art. 1, par. 2, lett. l), del regolamento n. 650/2012. Ciò in quanto, la sua portata, a parere della Corte, deve essere limitata alle particolari modalità della procedura di iscrizione nei registri. In altre parole, possono essere richiesti altri documenti o informazioni a integrazione del certificato successorio europeo solo in via residuale e in casi particolari, ad esempio qualora lo stesso non contenga elementi sufficientemente precisi per identificare il bene il cui trasferimento di proprietà deve essere registrato. Peraltro, la Corte ricorda come nel contesto dei negoziati preliminari all'adozione del regolamento, le proposte del Governo tedesco, volte a mantenere l'applicazione del diritto relativo all'iscrizione nei registri dello Stato membro in cui è situato il bene trasmesso per fissare le condizioni in base alle quali il diritto di proprietà è trasferito, fossero già state respinte o emendate.

Ad ogni buon conto, la Corte, a totale chiusura rispetto alla posizione assunta dalla Germania, ha altresì rilevato come i Paesi Bassi⁵⁵, il cui diritto delle succes-

⁵⁴ I commenti hanno accolto con favore il nuovo strumento, si vedano F. PADOVINI, *Il certificato successorio europeo*, in *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, in P. FRANZINA, A. LEANDRO (a cura di), *op. cit.*, p. 191 ss.; C.F. NORDMEIER, *Artikel 62*, in R. HU TEGE, H.-P. MANSSEL, *BGB Kommentar*, p. 1034 ss.; P. WAUTELET, *Article 62*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen*, cit., p. 772 ss.; B. KRESSE, *Article 62*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H.-P. MANSSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, cit., p. 673 ss. Ma anche la posizione del NOTAIRES D'EUROPE, *Prise de position sur la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et de actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successorial européen*, 11 dicembre 2009, p. 1, e ancora il commento del MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession*, in *RabelsZ*, 2010, p. 673 ss.

⁵⁵ Art. 27a della *Kadasterwet* (legge sul catasto), del 3 febbraio 2005 (Stb. 2005, n. 107), introdotto dall'art. 13 dell'*Uitvoeringswet Verordening erfrecht* (legge che traspone il regolamento), del 5 novem-

sioni (come quello tedesco) non prevedeva il legato “per rivendicazione”, abbiano provveduto ad adattare le proprie disposizioni in materia di iscrizione, in sede di trasposizione del regolamento n. 650/2012, in modo da consentire al legatario “per rivendicazione” di iscrivere il proprio diritto di proprietà sulla base del certificato successorio europeo, il quale dichiara che il legatario ha acquisito il bene immobile mediante legato.

Un’ulteriore disposizione del regolamento, che è venuta in rilievo nel caso esaminato dalla Corte e che merita alcune brevi considerazioni, è l’art. 22, ovvero la norma che ha consentito, nel caso di specie, alla signora Kubicka di assoggettare la propria successione ad una legge diversa da quella applicabile in base al criterio generale che avrebbe coinciso con la legge del luogo di ubicazione dell’immobile oggetto della disposizione, ovvero la legge tedesca.

Come noto, infatti, nel regolamento è stato previsto quale criterio generale di collegamento e, al tempo stesso, di giurisdizione, la residenza abituale del *de cuius* al momento della morte. La scelta della residenza abituale⁵⁶ come criterio di collegamento principale⁵⁷ non è casuale e non ha destato particolare sorpresa, alla luce della tendenza ormai intrapresa dal legislatore europeo a favore di tale criterio di collegamento, in quanto al tempo stesso atto a riflettere un collegamento effettivo e ad agevolare la mobilità internazionale delle persone. Si è osservato che questo criterio di collegamento rappresenta una sorta di “*tertium genus*”⁵⁸ in quanto è un criterio di tipo obiettivo diverso da quello giuridico della cittadinanza ovvero da

bre 2014 (Stb. 2014, n. 430).

⁵⁶ È stato correttamente osservato che manca all’interno del regolamento una definizione giuridica di residenza abituale v. A.-L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, cit., p. 302. Tale scelta, sebbene ancora si ponga nel solco di un comportamento ormai consolidato da parte del legislatore europeo, è stata in parte oggetto di critiche e in parte giustificato. In particolare, in senso critico si è rilevato che la mancanza di tale definizione scopre il fianco ad una sicura incertezza giuridica posto che il concetto dovrà ricostruirsi in via ermeneutica anche facendo riferimento ad altri regolamenti europei, che però disciplinano materie completamente diverse rispetto a quelle proprie del diritto successorio, così C. KÖHLER, *Internationales Erbrecht*, Baden-Baden, 2015, p. 92 che ha evidenziato come la mancanza di una definizione autonoma di residenza abituale dia luogo ad una incertezza giuridica la cui soluzione viene rimessa nelle mani delle Corti. In senso favorevole rispetto alla scelta del legislatore di non fornire una definizione precisa di residenza abituale, si è invece osservato che ogni tentativo di definire il concetto di residenza abituale ai fini del regolamento sarebbe risultato probabilmente incompleto e non in grado di prendere in considerazione il novero dei molteplici casi che potrebbero concretamente verificarsi nella pratica: A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *op. cit.*, pp. 32-33 e 47-49.

⁵⁷ Sebbene non sia stata fonte di particolare sorpresa non v’è dubbio che tale scelta introduce un cambiamento importante per gli Stati membri partecipanti, poiché attualmente diciassette di essi (inclusa la Croazia, ultimo Stato entrato a far parte dell’Unione europea) utilizzano in materia il criterio della cittadinanza; si è detto che la scelta di prevedere la residenza abituale quale criterio di collegamento “*struck(ed) a blow through the heart of nationality*” così A.-L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., p. 301. Inoltre, anche gli ordinamenti che utilizzano il criterio del domicilio o della residenza abituale sono normalmente fautori del principio scissionista e, pertanto, sottopongono alla legge personale unicamente i beni mobili sottoponendo, al contrario, sempre e comunque quella immobiliare alla *lex rei sitae*, A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale europeo delle successioni*, cit., p. 43. Ancora sul concetto di residenza abituale si vedano le riflessioni di C. KÖHLER, *Internationales Erbrecht*, cit., p. 92 che sottolinea come la scelta della residenza abituale come criterio di collegamento tanto per la giurisdizione quanto per la legge applicabile risponda al “*Prinzip der Nachlassseinheit*”.

⁵⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., p. 300, e A. BONOMI, *Article 21*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen*, cit., p. 309 ss.

quello del domicilio di derivazione anglosassone. La scelta reiterata da parte del legislatore europeo ha confermato inevitabilmente quello che è stato definito come l'“*inexorable ascent*”⁵⁹ del criterio della residenza abituale, già proprio di molti atti europei di diritto internazionale privato⁶⁰.

Ora, proprio sulla base del criterio principale della residenza abituale posto dal regolamento successioni, nel caso di specie, la signora Kubicka, cittadina polacca, avrebbe visto regolata la propria successione dal diritto tedesco, poiché abitualmente residente in Germania, Paese in cui poteva indubbiamente ritenersi ubicato il centro principale di vita personale e familiare della testatrice. Nondimeno, poiché nella sistematica del regolamento, un posto di sicuro rilievo è occupato dall'obiettivo di consentire un'accurata pianificazione ereditaria anticipata, l'art. 22, par. 1, consente al *de cuius* di effettuare un'*optio legis* in favore della legge della cittadinanza posseduta, qualunque essa sia, al momento della scelta o al momento della morte, per regolamentare l'intera successione⁶¹. Tale previsione pone al riparo dai rischi insiti

⁵⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, *Article 21*, cit., p. 300, e F.M. WILKE, *Das internationale Erbrecht nach neuen EU-Erbrechtsverordnung*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 604 ss.

⁶⁰ La residenza abituale, la cui importanza quale criterio di collegamento nel diritto internazionale privato è andata aumentando nel tempo, soprattutto, come evidenziato, a discapito del criterio di collegamento della cittadinanza, è ad oggi il criterio di collegamento oggettivo più diffuso non solo nelle convenzioni dell'Aja in materia di diritto di famiglia (si vedano ad esempio gli art. 15 ss. della Convenzione del 1996 sulla protezione dei minori e gli art. 13 ss. della Convenzione del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti), ma anche nelle norme di conflitto europee sia per la competenza internazionale che per il diritto applicabile. Il regolamento Roma I, nell'art. 4, commi 1 e 2, impiega la residenza abituale della parte che effettua la prestazione caratteristica quale criterio principale di collegamento ai fini della determinazione della legge regolatrice del contratto. Altrettanto dicasi per ciò che concerne il diritto internazionale in materia di obbligazioni alimentari (combinato disposto dell'art. 15 del regolamento n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari e dell'art. 3 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari), al diritto internazionale privato in materia di responsabilità genitoriale (articoli 15-17 della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori), al diritto internazionale in materia di divorzio e separazione personale (art. 8, lettere a e b, del regolamento Roma III). La stessa tendenza, seguita anche in ambito successorio dal regolamento (art. 21 e art. 4) è stata seguita anche per il regolamento 1103/2016 in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi ove si prevede ai sensi dell'art. 22 come prima ipotesi di scelta la residenza abituale dei coniugi e che, ai sensi dell'art. 26, in mancanza di scelta, la legge che per prima sarà chiamata a regolare la successione sarà quella della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo il matrimonio. Si veda in dottrina K. KROLL-LUDWIG, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, cit., p. 334, dove l'A. sottolinea il ruolo politico che riveste la residenza abituale: “Das Aufenthaltsprinzip weist insoweit eine enge Beziehung zu den nationalen Integrationspolitiken auf” ed evidenzia come sia un criterio proprio dei Paesi che hanno un'importante storia di immigrazione come gli Stati Uniti, il Canada o l'Australia; nello stesso senso anche H.-P. MANSSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität: Internationalprivat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, München, 1988, p. 68 ss.

⁶¹ Il connubio tra il criterio della residenza abituale e la possibilità di effettuare una *professio iuris* in favore di una legge diversa è in grado di promuovere l'integrazione a livello europeo e garantire un'agevole mobilità dei soggetti coinvolti, contribuendo alla creazione di uno stato giuridico integrato. D'altronde se la mobilità dei soggetti rappresenta il presupposto che giustifica l'esistenza stessa delle norme di diritto internazionale privato a livello interno, essendo tale particolare branca del diritto rivolta a regolare le ipotesi che presentino elementi di transnazionalità, al contrario, a livello sovranazionale, garantire l'integrazione e l'agevole mobilità dei cittadini rappresenta uno degli obiettivi stessi perseguiti dall'Unione europea. Si vedano in dottrina i commenti di F. BOULANGER, *Révolution juridique ou compromis en trompe l'oeil? – À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationa-*

in tutte quelle ipotesi in cui, come avvenuto nel caso giunto all'esame della Corte, la residenza abituale non sarebbe espressione dell'effettiva situazione personale del soggetto o, quantomeno, della sua volontà.

L'accoglimento del criterio dell'autonomia della volontà nel regolamento conferisce all'intera disciplina un'impronta forte, espressione di una scelta di politica legislativa promossa dal legislatore europeo in un settore tradizionalmente estraneo, almeno da un punto di vista strettamente interno nella maggior parte dei sistemi di *civil law*, all'esercizio di ampi margini di autonomia privata. Un vantaggio, che discende dalla possibilità riconosciuta di poter effettuare una scelta di legge, è di offrire al testatore la possibilità di organizzare la trasmissione del proprio patrimonio sulla base di una regolamentazione materiale il cui contenuto potrebbe meglio rispondere alle proprie esigenze⁶², esattamente la ragione che ha spinto la signora Kubicka a scegliere la legge polacca in luogo di quella tedesca.

6. Alla luce di quanto sopra esaminato, appaiono ora opportune alcune considerazioni conclusive a margine della sentenza in commento, tenendo presente, quale presupposto logico imprescindibile, che il regolamento, ai sensi dell'art. 23, par. 1, ha accolto il principio dell'unità della successione, prevedendo l'applicazione della medesima legge tanto alla successione mobiliare quanto a quella immobiliare⁶³ e ricomprendendovi non solo le questioni di devoluzione dell'eredità ma anche l'acquisto, l'amministrazione e la liquidazione. Questo avviene tanto nel caso in cui la *lex successionis* sia determinata applicando il criterio generale della residenza abituale quanto nelle ipotesi in cui il *de cuius*, come nel caso di specie, abbia optato per la legge di una propria presente o futura cittadinanza ai sensi dell'art. 22, par. 1.

Come evidenziato, la Corte ha negato alla Germania la possibilità di rifiutare il riconoscimento di un legato "per rivendicazione" sulla base delle motivazioni illustrate e ha fatto salva la libertà testamentaria della testatrice, che ha prevalso rispetto alle esigenze di coerenza del sistema giuridico interno, più volte riaffermate dal governo tedesco come imprescindibili e non derogabili. Ne consegue che la signora Kubicka, a questo punto, sarà libera di redigere un testamento includendovi un legato "per rivendicazione" in favore del coniuge, senza che il notaio polacco possa nuovamente opporvi un rifiuto per presunta futura illiceità della disposizione

les, in *La semaine juridique*, 2012, pp. 1120-1130; E. CASTELLANOS RUIZ, *Article 22*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H.-P. MANSEL (eds.), *op. cit.*, p. 326; A. BONOMI, *Articolo 22*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen*, cit., p. 321 ss.; P. KINDLER, *From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills*, in K. BOELE-WOELKI e al. (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, pp. 251-258; A.E. VON OVERBECK, *La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé*, in *Liber amicorum B.L. Fredericq*, II, Gent, 1965, pp. 1085-1112.

⁶² In questo senso H.-P. MANSEL, *Party Autonomy*, cit., p. 143, il quale evidenzia che l'art. 22 garantisce al *de cuius* la possibilità di effettuare una pianificazione ereditaria proattiva e chiarisce altresì che il riconoscimento del diritto di compiere una scelta altro non è che l'espressione della libertà testamentaria. Nello stesso senso anche E. CASTELLANOS RUIZ, *Article 22*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVÌ, H.-P. MANSEL (eds.), *op. cit.*, p. 326. Si veda altresì A. BONOMI, *Article 22*, cit., p. 321 ss.

⁶³ I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a la sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012*, in *In Dret*, 2013, p. 18 ss.

e senza il timore che lo stesso non sarà poi riconosciuto con gli effetti reali voluti all'interno dell'ordinamento tedesco in cui l'immobile oggetto del legato è situato.

Sotto un certo profilo non si può che plaudire all'impostazione della Corte che certamente ha contribuito a rafforzare il valore giuridico del regolamento e alla realizzazione di un sistema armonizzato delle successioni condiviso a livello europeo. D'altronde, era prevedibile aspettarsi che, nella prima pronuncia, successiva al momento di applicazione del nuovo strumento giuridico, la Corte avrebbe adottato una posizione che contribuisse a consolidarne l'effettività piuttosto che a limitarne l'efficacia.

Nondimeno, non si possono sottacere alcune criticità che emergono dal ragionamento seguito ma, più precisamente, ai risultati a cui lo stesso conduce.

La Corte sottrae la questione al problema dell'adattamento dei diritti reali, disciplinata dall'art. 31 del regolamento. In particolare, tale esclusione è basata sulla considerazione che sia nel legato "per rivendicazione" (ad effetti reali) sia nel legato ad effetti obbligatori riconosciuto nell'ordinamento tedesco, in ultima analisi il diritto reale di cui si discute è il diritto di proprietà sull'immobile che ne è oggetto. A tale proposito, a nulla rileva, secondo la Corte, che nel legato obbligatorio l'acquisizione del pieno diritto di proprietà richieda necessariamente un successivo passaggio notarile, visto che viene conferito al beneficiario unicamente un diritto personale a far valere la propria qualità di legatario. Un simile ragionamento, rinvenibile anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot, appare condivisibile nella parte in cui ritiene che il meccanismo di adattamento previsto dall'art. 31 non possa, *rectius* non debba, trovare applicazione nel caso di specie posto che tanto l'ordinamento polacco quanto l'ordinamento tedesco conoscono e contemplano al proprio interno, nella categoria dei diritti reali, il diritto di proprietà che è, in ultima analisi, il diritto reale che si intende trasferire.

Tuttavia, come si è già avuto modo di sottolineare nell'esame del merito della sentenza, i cui passaggi salienti sono racchiusi nei punti 50 e 51, la Corte afferma che, mentre all'art. 1 par. 2, lett. k), il regolamento esclude dal proprio campo di applicazione la natura dei diritti reali, vi rimangono ricomprese le modalità di trasferimento che non sarebbero annoverabili nell'esclusione contemplata dall'articolo in questione. Ne consegue, nella visione della Corte, che gli Stati avrebbero inteso riservare al proprio dominio interno solo il primo aspetto lasciando il secondo aperto alla possibilità di essere retto dal diritto applicabile alla successione in base al regolamento, sia esso il diritto di un altro Stato membro ovvero il diritto di uno Stato terzo.

Tale ragionamento richiama alla mente la tradizionale distinzione seguita dalla dottrina classica tra *titulus* e *modus*⁶⁴. Nel diritto romano si distingueva, infatti, tra *titulus* e *modus* del trasferimento e si richiedevano entrambi per il suo perfezionamento. Gli statutisti facevano ricadere i beni immobili sotto la legge del luogo di loro situazione in base al principio *immobilia reguntur lege loci*. In pratica, si distingue tra contenuto ed esercizio del diritto, da un lato, che ricadono nell'ambito di applicazione della legge del luogo di situazione del bene e titolo di acquisto del diritto (o *titulus acquirendi*), dall'altro, che ricade nell'ambito di applicazione della legge che regola lo specifico negozio giuridico in cui il titolo prende corpo. Tuttavia,

⁶⁴ Si veda E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, 1972, p. 116 ss.

la distinzione tra *titulus* e *modus*, facilmente applicabile in materia di beni mobili (laddove il *modus* è rappresentato dalla *traditio* cioè dal passaggio del possesso), ha condotto nel caso degli immobili a predisporre strumenti giuridici differenti. Così la *traditio* è stata sostituita in modo non omogeneo nei vari Paesi. Sul punto, oltre alla macroscopica differenza tra le due tradizioni giuridiche dominanti, ovvero quella di *civil law*, prevalente nell'Europa continentale, e quella di *common law*, di tipo anglosassone, anche all'interno di ciascun raggruppamento si rilevano sostanziali divergenze. In particolare, nei sistemi di *civil law*, la prima famiglia giuridica è quella che vede raggruppati quei sistemi nei quali la trasmissione dei diritti reali sugli immobili si realizza in due fasi: l'accordo, di natura obbligatoria, e la *traditio* vera e propria, cioè l'atto traslativo che ad esso segue. All'interno di tale schema, si collocano i sistemi propri di Germania, Austria, Svizzera, Croazia, Slovenia e Rodi e alcune province italiane, per le quali è ancora vigente un sistema "tavolare". La seconda famiglia giuridica presente nell'area di *civil law* è quella che raccoglie i Paesi di tradizione napoleonica e il cui paradigma è rappresentato dal codice civile francese. Ne fanno parte, insieme alla Francia, l'Italia (con le esclusioni menzionate in cui vige il sistema tavolare), il Belgio e il Lussemburgo.

Per quanto attiene alla trasmissione della proprietà e degli altri diritti reali immobiliari, tali differenze si riflettono soprattutto sui sistemi dei registri immobiliari e sugli effetti che la registrazione produce. I sistemi di origine napoleonica poggiano sul principio di diritto sostanziale dell'efficacia non meramente obbligatoria ma costitutiva del consenso trasfuso nell'atto. In altri termini, il trasferimento del diritto di proprietà non richiede altro che il mero consenso delle parti legittimamente manifestato per iscritto (il principio proprio del diritto italiano del consenso traslativo) e la registrazione ha effetti meramente dichiarativi, nel senso che il trasferimento della proprietà o la costituzione degli altri diritti reali immobiliari sono indipendenti dalla registrazione e sono riferibili al momento della conclusione del contratto. Al contrario nei sistemi di *civil law* di tradizione germanica la registrazione ha effetto costitutivo, nel senso che il trasferimento della proprietà o la creazione del diritto reale immobiliare si compie o si completa solo con la registrazione. Il paradigma dei sistemi per cui la registrazione ha valore costitutivo è rappresentato proprio dal sistema tedesco. In particolare, la legge (§ 873 BGB) stabilisce che il trasferimento della proprietà immobiliare, la creazione di un diritto reale immobiliare limitato, il trasferimento o il vincolo di tale diritto limitato richiedono un accordo del titolare del diritto e dell'altra parte sul trasferimento del titolo e la registrazione del mutamento giuridico nel registro, a meno che non sia diversamente stabilito⁶⁵.

Ne consegue che un primo problema nel coordinamento tra il sistema tedesco e il regolamento, rispetto alla questione esaminata dalla Corte, si pone proprio con riguardo all'esclusione contemplata dall'art. 1, par. 2, lett. l) o, più precisamente, a

⁶⁵ A. LODDE, *I sistemi europei di registrazione immobiliare: panorama generale*, 2014, reperibile online su www.agenziaentrate.gov.it. Si veda, ancorché risalente al 2005, lo studio condotto dallo European University Institute (EUI) Florence/European Private Law – (www.iue.it) – Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, *Real Property Law and Procedure in the European Union – General Report*, oltre che il sito dell'Associazione europea dei registri immobiliari, *European Land Registry Association*, ELRA (www.elra.eu) e del suo *network*, *European Land Registry Network*, nel quale la rete dei *contact point* dell'associazione fornisce un costante e sempre aggiornato quadro dei diversi istituti di registrazione immobiliare in ambito europeo propri di alcuni Paesi membri.

proposito dell'effetto dichiarativo o costitutivo dell'iscrizione negli appositi registri immobiliari, posto che, nel caso dell'ordinamento tedesco, l'iscrizione è necessaria per la stessa costituzione del titolo. Si rileva dunque una contraddizione dato che la legge applicabile alla successione, ai sensi dell'art. 23, par. 2, lettere e) e j), disciplina il trasferimento dei beni, dei diritti e delle obbligazioni agli eredi e ai legatari.

Ciò posto, nel caso di specie, il marito della signora Kubicka, sulla base della *lex successionis* (polacca) diventerebbe proprietario di un bene che però in Germania è sottoposto a iscrizione con valore costitutivo e che ben potrebbe, al momento dell'apertura della successione, vedersi opporre la mancanza di registrazione. D'altronde, anche tenendo a mente quanto sottolinea il 19° 'considerando' sul punto, tale contraddizione non sembra superabile poiché "ove l'acquisizione di un diritto su un bene immobile debba essere iscritta in un registro a norma della legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro al fine di assicurare efficacia *erga omnes* dei registri o di tutelare le transazioni giuridiche, il momento di detta acquisizione deve essere disciplinato dalla legge di tale Stato membro".

Alla luce di tali marcate differenze, sebbene il ragionamento seguito dalla Corte appaia in linea con il dettato del regolamento, si impongono delle considerazioni quanto alle conseguenze a cui tale impostazione conduce, posto che, in ultima analisi, come preconizzato da una parte della dottrina⁶⁶, si giunge a forzare un ordinamento interno, nella specie quello tedesco, a riconoscere un meccanismo di trasferimento che era stato espressamente escluso e che, giova ricordarlo, continuerà a rimanere escluso nel caso si discuta di una successione puramente interna. Questo vuol dire che due cittadini tedeschi con residenza abituale in Germania – situazione a cui, come già rilevato, non si applicherà la disciplina del regolamento mancando l'elemento della transnazionalità della fattispecie – non potranno includere nel proprio testamento un legato che produca effetti reali. Al contrario, questo sarà possibile in un caso come quello esaminato dalla Corte. In questo modo, dunque, è innegabile che l'internazionalità della fattispecie apre a delle possibilità che restano invece precluse in ipotesi puramente interne.

Alla luce degli effetti costitutivi che l'iscrizione nei registri fondiari produce in Germania, le conclusioni della Corte sembrano stridere con la formulazione dell'esclusione contenuta nell'art. 1, lett. 1), dove si dice espressamente che il regolamento non intende applicarsi a "qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro". Nel caso tedesco, in realtà, gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione dell'atto incide

⁶⁶ Nel discutere della possibilità per il Regno Unito di effettuare l'*opting in* rispetto al regolamento, che oggi alla luce degli ultimi accadimenti legati alla Brexit appare una disquisizione svuotata di significato, J. HARRIS, *The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges*, in *Trust Law International*, 2008, pp. 181-234, spec. pp. 197-198 osservava: "It is very difficult to see how UK courts and the Land Registry could give effect to the panoply of property rights that might be created in the will of a person who dies habitually resident overseas. The Regulation cannot possibly seek to regulate all the property rights that exist in the Member States, or to require to overseas courts to assert jurisdiction over them and to apply foreign choice of law rules. Still less can those States automatically recognise such as foreign interests, register them and give effect to them within the context of their own legal system. This would constitute a wholly unrealistic and disproportionate project. It would also conflict with Art. 295 EC, according to which 'the Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership'" (corsivo aggiunto).

sullo stesso trasferimento del diritto reale di proprietà su un determinato bene. Ne consegue che la circostanza che l'iscrizione di un legato con effetti obbligatori non sarebbe possibile nei registri fondiari impedirebbe, dunque, lo stesso trasferimento della proprietà. Pertanto, è evidente che l'impostazione della Corte incide eccome sul sistema dei diritti reali proprio dell'ordinamento tedesco, certamente in misura molto maggiore rispetto a quei sistemi in cui l'iscrizione nei registri competenti ha solo effetto dichiarativo.

Le contraddizioni evidenziate discendono dallo stesso regolamento che, verosimilmente, nel regolare la questione dei diritti reali, se da una parte ne ha proclamato l'esclusione dall'altra non ha tenuto in debito conto le modalità con cui tali esclusioni, la lettura dei 'considerando' e le posizioni espresse dagli Stati membri si sarebbero in concreto conciliate e avrebbero trovato applicazione alla luce dei diversi sistemi nazionali. Nondimeno, altro profilo è stabilire se la Corte, sulla base di un testo normativo così strutturato, avrebbe potuto adottare una diversa interpretazione o se la stessa si impone alla luce del dettato normativo. La seconda soluzione sembra imporsi. È evidente, infatti, che l'opera interpretativa della Corte di giustizia, alla luce di come il regolamento è stato concepito, non avrebbe potuto essere diversa a meno di non volerne violare il principio dell'unitarietà, tanto caro al legislatore europeo e di cui l'atto stesso è intriso.

Abstract

The Movements of Rights *in rem* in Immovable Property across the EU in Case of Contrast between the *lex successionis* and the *lex rei sitae*

The paper deals with the first ruling delivered by the European Court of Justice in the aftermath of the application of Regulation (EU) No. 650/2012. Namely, the Court analyses the issues concerning the movements of rights *in rem* in immovable property across the EU in case of contrast between the *lex successionis* and the *lex rei sitae*.

The Court underlines that Article 1, para. 2, lett. k) and l) and Article 31 of Regulation 650/2012 must be interpreted as precluding refusal, by an authority of a Member State, to recognise the material effects of a legacy 'by vindication', provided for by the law governing succession chosen by the testator in accordance with Article 22, para. 1, of the Regulation, where that refusal is based on the ground that the legacy concerns the right of ownership of immovable property located in that Member State, whose law does not provide for legacies with direct material effect when succession takes place.

Federica Polegri*

Il principio del sindacato accentrato della Consulta in caso di contrasto tra diritto nazionale e Carta di Nizza: considerazioni sulla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Commissione tributaria provinciale di Roma con riferimento al sistema di finanziamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 3. Sull'eventuale risoluzione di un'antinomia normativa tra ordinamenti, italiano e UE, tale da pregiudicare la tutela dei diritti della persona. – 4. Le motivazioni sottese al principio del sindacato accentrato nel caso di eventuale antinomia tra diritto nazionale e Carta di Nizza. – 5. La Carta di Nizza e la sua natura sostanzialmente costituzionale. – 6. Conclusioni.

1. Con la sentenza n. 269, pubblicata il 20 dicembre 2017¹, la Corte costituzionale, pronunciandosi su due questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla normativa sul finanziamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha enunciato principi che, secondo alcuni commenti espressi in dottrina, sembrano aver modificato il sistema dei rapporti tra diritto interno e diritto UE delineato a partire dalla sentenza *Granital*. Tra i commentatori², vi è chi ne ha colto

* Dottoranda in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

¹ Depositata il 14 dicembre 2017, pubblicata il 20 dicembre 2017 (rel. Cartabia).

² A. ANZON DEMMING, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 febbraio 2018, reperibile online; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, *ivi*, 18 dicembre 2017; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, *ivi*, 28 dicembre 2017; *Id.*, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Diritti comparati*, 16 febbraio 2018, reperibile online; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accertato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, reperibile online; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, *ivi*, 18 dicembre 2017; F.S. MARINI, *I*

una portata particolarmente dirompente, addirittura qualificandola come una “rivoluzione copernicana” nell’ambito dell’assetto dei rapporti tra i giudici italiani e la Corte di Lussemburgo, e chi ha inteso ridimensionare i toni, circoscrivendo la portata dei principi espressi dalla Consulta, tanto riferendosi alle modalità con cui essi sono stati enunciati, ovvero attraverso un *obiter dictum*, quanto al ristretto ambito di applicazione di tale decisione.

Il presente contributo si propone dapprima di analizzare i contenuti della sentenza in commento, evidenziando, in particolare, i principi espressi dalla Consulta prima in sede di controllo sulla rilevanza delle questioni presentate dal giudice rimettente e poi in occasione della “precisazione” che la Corte costituzionale ha ritenuto necessaria circa l’eventuale risoluzione di un’antinomia normativa tra ordinamenti, italiano e UE, tale da pregiudicare i diritti della persona. Si cercheranno poi di individuare la *ratio* e le motivazioni sottese all’affermazione dei suddetti principi, con una riflessione sulla valenza “costituzionale” della Carta di Nizza. In conclusione, si delinearanno le possibili reazioni tanto dei giudici ordinari, alcuni dei quali già pronunciatisi sul tema, quanto della Corte di giustizia UE (CGUE); si constaterà, infine, la necessità di cogliere, dalla sentenza in commento, l’occasione per la creazione di un dialogo più strutturato tra corti dei diritti, evitando l’insorgere di nuovi conflitti tra le stesse, onde assicurare la massima salvaguardia dei diritti fondamentali a livello sistemico.

2. Nella sentenza in commento la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su due questioni di legittimità costituzionale presentate dalla Commissione tributaria provinciale di Roma con due ordinanze di rimessione, con riferimento alla normativa che individua il sistema di finanziamento dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato per asserita incompatibilità della stessa con alcuni principi

diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017, in *Federalismi*, 14 febbraio 2018, reperibile online; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel “cammino comunitario” della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Diritti comparati*, 11 gennaio 2018, reperibile online; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi*, 31 gennaio 2018, reperibile online; ID., *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 1 agosto 2018; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, reperibile online; G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, *ivi*, 25 gennaio 2018; ID., *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, n. 2, reperibile online; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, 3/2017, reperibile online; ID., *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta online*, 23 marzo 2018, reperibile online; ID., *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2018, reperibile online; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficienza diretta?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, dicembre 2017, reperibile online o su cartaceo; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018, reperibile online.

costituzionali e del diritto UE³. In questa sede non ci si soffermerà sul contenuto delle questioni proposte e sulla relativa pronuncia sulle stesse, essendo a tal punto sufficiente rilevare che la Consulta ha dichiarato la ragionevolezza del suddetto sistema di finanziamento e la sua compatibilità con i principi invocati dal giudice rimettente. Di contro, si tratteranno, in particolare, i profili della sentenza con cui la Corte costituzionale ha voluto chiarire alcuni aspetti circa i rapporti tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione, essendo quelli che, prestandosi a maggiori criticità, hanno alimentato un vivace dibattito dottrinale fin dal primo momento della pubblicazione della pronuncia in commento.

Di maggiore interesse appare il par. 5 del “considerato in diritto” della sentenza n. 269, che può essere virtualmente suddiviso in due parti: la prima, in cui la Corte si è pronunciata sul profilo della rilevanza delle questioni proposte dal giudice rimettente (par. 5.1); la seconda, apparentemente in alcun modo collegata alla vicenda processuale di specie, circa l'eventuale risoluzione di un'antinomia tra norme di diversi ordinamenti tale da pregiudicare la tutela dei diritti della persona (par. 5.2 ss.), la quale verrà analizzata nel successivo paragrafo di questo scritto.

Con riferimento alla prima questione, nell'ordinanza rimessa alla Corte costituzionale il 2 maggio 2016, la Commissione tributaria provinciale di Roma aveva ritenuto di dover invertire l'ordine d'esame delle questioni eccepite dal ricorrente – il quale aveva richiesto di non applicare la normativa interna per contrasto con la normativa europea ad efficacia diretta in materia e, in particolare, con gli articoli 49 (sul diritto di stabilimento) e 56 (sul diritto alla libera prestazione dei servizi) TFUE – ritenendo “più aderente al sistema giuridico complessivo” vagliare preliminarmente la compatibilità della disciplina interna con i principi costituzionali. Di contro, nell'ordinanza del 25 ottobre 2016, il giudice rimettente – in senso opposto a quanto sostenuto nella prima – aveva ricordato l'indirizzo della Corte costituzionale in base al quale, nel caso di contrasto tra una normativa interna e il diritto UE, spetta ad ogni giudice valutare prioritariamente la compatibilità del diritto interno con il diritto UE – attenendo all'operatività della norma oggetto dell'incidente di costituzionalità e, quindi, alla rilevanza delle questioni eventualmente proposte, a pena di inammissibilità di queste ultime – e solo successivamente porre la questione della compatibilità della norma interna con i principi costituzionali.

La Consulta, ribadendo che non spetta al giudice *a quo* decidere sull'ordine delle questioni da valutare e che le “regole” da seguire siano quelle individuate, in via generale, nel caso *Simmenthal* deciso dalla Corte di giustizia⁴, e ribadite dalla

³ Commissione tributaria provinciale di Roma, ordinanza n. 208 del 2 maggio 2016; Commissione tributaria provinciale di Roma, ordinanza n. 51 del 25 ottobre 2016. In particolare, il giudice *a quo*, in entrambe le ordinanze, ha richiesto alla Consulta di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 7 *ter* e *quater* della legge n. 287/1990 (Norme a tutela della concorrenza e del mercato), aggiunti con legge n. 27/2012, che disciplinano il sistema di finanziamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e che stabiliscono l'obbligo di versarle un contributo a carico di imprese residenti in Italia con fatturati elevati. Con riferimento alla prima ordinanza, la Commissione tributaria provinciale ha sollevato una questione circa l'incompatibilità della suddetta normativa con gli articoli 3 e 53 Cost., nella misura in cui sarebbero violati i principi di uguaglianza e di capacità contributiva, mentre con la seconda è stata posta in dubbio la compatibilità della normativa interna anche con il principio della riserva di legge, individuato dall'art. 23 Cost.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77.

costante giurisprudenza della Consulta⁵ dopo essere state “recepte” con la sentenza *Granital*⁶, ha giudicato inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni sollevate con la prima ordinanza proposta, cogliendo tuttavia l’occasione per effettuare una “precisazione” circa “i limiti entro i quali la previa delibazione del contrasto con il diritto dell’Unione europea debba ritenersi imposta al giudice *a quo* a pena di inammissibilità delle questioni sollevate”⁷.

In particolare, la Consulta, ribadendo la sua consolidata giurisprudenza sul punto⁸, ha affermato che, qualora si tratti di una disposizione del diritto dell’Unione direttamente efficace⁹ – come le disposizioni invocate nel caso di specie contenute nel Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (artt. 49 e 56 TFUE) –, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità della normativa interna censurata con il diritto UE, utilizzando se del caso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, di cui all’art. 267 TFUE, e nell’ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all’applicazione della norma di diritto UE in luogo della norma nazionale¹⁰; mentre nel caso di contrasto con una norma di diritto UE priva di efficacia diretta – accertato eventualmente con rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – il giudice nazionale comune, nell’impossibilità di risolvere il contrasto per via interpretativa, deve sollevare questione di legittimità costituzionale¹¹, spettando poi alla Corte costituzionale valutare l’esistenza di un contrasto insanabile ed eventualmente annullare la normativa interna incompatibile con il diritto UE (presumibilmente per contrasto con gli articoli 11 e 117 Cost.)¹².

⁵ Cfr., *ex plurimis*, le ordinanze della Corte costituzionale nn. 152/1987, 78, 389 e 450/1990, 8, 79 e 269/1991, 244/1994, 38/1995, 249/2001, 284/2007, 125/2009, 288 e 227/2010, 75/2012.

⁶ Sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984. Per un’attenta disamina delle più rilevanti pronunce della Consulta e della Corte di giustizia in tema di rapporti tra diritto interno e diritto UE v. 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. 87 ss.

⁷ Tale precisazione è apparsa necessaria, a detta della Consulta, a fronte di alcune pronunce di senso opposto: il riferimento è ad un recente indirizzo della Corte stessa con cui ha dichiarato che debba essere preventivamente valutata la compatibilità della normativa interna con la Costituzione e solo successivamente con il diritto UE, nei particolari casi in cui vi siano “questioni complesse” su cui statuire che riguardino Stato e Regioni. In tali casi, la Consulta stessa, e non il giudice ordinario, in alcune pronunce ha valutato l’ordine di esame tra le plurime questioni ad essa prospettate, spesso invertendo l’ordine di priorità della questione di costituzionalità e di quella di compatibilità con il diritto UE.

⁸ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., p. 4. Nello stesso senso, C. CARUSO, *op. cit.*, p. 1, parla di “ripasso generale tra diritto comunitario e diritto interno”.

⁹ A tal proposito, nella sentenza n. 389/1989 la Corte costituzionale ha chiarito, conformemente a consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che una norma comunitaria avente effetti diretti è una norma dalla quale i soggetti operanti all’interno degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio. In altri termini, una norma europea può considerarsi applicabile nell’ordinamento nazionale, con effetto sostitutivo della norma interna, solo a condizione che sia precisa e compiuta e siano individuati specificamente i suoi destinatari.

¹⁰ In dottrina, cfr. R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2007, p. 585 ss.; S. LATANZI, *Il conflitto tra norma interna e norma dell’Unione priva di effetti diretti nella vicenda dei precari della scuola italiana*, *ivi*, 2015, p. 897 ss.

¹¹ Così G. PISTORIO, *op. cit.*, richiama alcune sentenze della Consulta in tal senso (nn. 284/2007, 28 e 227/2010, 75/2012, 207/2013).

¹² Così F.S. MARINI, *op. cit.*, p. 5 ss., la quale rileva come non sia chiara la portata del richiamo a tali principi e, in particolare, se la Consulta abbia inteso solamente limitare l’obbligo dei giudici ordinari di procedere alla previa valutazione della compatibilità della normativa interna con il diritto europeo,

Come anticipato, nella seconda ordinanza proposta alla Consulta la stessa Commissione tributaria provinciale di Roma non è incorsa nell'errore che ha determinato l'inammissibilità della questione prospettata per difetto di rilevanza. La Corte ha, quindi, provveduto a pronunciarsi nel merito¹³.

3. Con la statuizione che precede la Consulta avrebbe certamente potuto risolvere definitivamente il caso sottoposto alla sua attenzione, ma così non è stato. Al par. 5.2 della sentenza in commento, infatti, essa ha ritenuto necessaria una ulteriore "precisazione" sul ruolo dei giudici interni con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza o CDFUE), che, a suo avviso, "si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona"¹⁴: curioso richiamo, posto che la Carta di Nizza non

o abbia voluto, invece, imporre un nuovo divieto di procedere in tal senso. In particolare, ci si è chiesti se la Consulta abbia voluto individuare un nuovo divieto del giudice di procedere alla valutazione circa la compatibilità delle norme nazionali con il diritto UE non direttamente efficace e si è dedotto che, in caso affermativo, tale principio sarebbe contrario alla giurisprudenza UE per diverse ragioni (in primo luogo, perché il rinvio pregiudiziale è aperto ai giudici interni di qualsiasi livello, e non potrebbe essere limitato solamente alle norme eurounitarie ad effetti diretti; in secondo luogo, perché stabilire se la norme europea sia "direttamente efficace" o meno non è questione semplice da risolvere, e spesso è preferibile proporre un rinvio pregiudiziale perché la Corte di giustizia si pronunci sul punto). Diversamente, nel caso in cui la Consulta avesse inteso solamente far venir meno la presunzione automatica di inammissibilità della questione di costituzionalità per mancata previa delibazione delle norme interne in contrasto con il diritto UE privo di effetti diretti, non sorgerebbero contrasti nel sistema dei rapporti tra ordinamenti delineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Secondo l'A., in quest'ultimo senso, la capacità della Corte costituzionale di eliminare, in modo esclusivo e con effetti *erga omnes*, norme interne che si pongano in contrasto con il diritto UE non direttamente applicabile potrebbe in alcuni casi essere perfino sinonimo di maggior tutela delle norme dell'Unione, posto comunque il passaggio del tentativo di interpretazione conforme dei giudici ordinari e l'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. L. SALVATO, *op. cit.*, p. 1, rileva come il convincimento circa l'opportunità di ricondurre al sindacato accentrato di costituzionalità la risoluzione dell'antinomia tra norma interna e norma UE non si sia mai sopito e, a tal proposito, richiama una recente ordinanza con cui il Tribunale ordinario di Bari aveva sostenuto che "ai fini della certezza del diritto e della sua applicazione" le disposizioni interne avrebbero dovuto essere necessariamente e preliminarmente sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale, poiché solamente la dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe l'effetto di espungere dall'ordinamento le norme interne "indubbiamente", evitando che le stesse continuino a essere applicate "da chi nutra una diversa opinione riguardo all'esistenza di quel contrasto".

¹³ A tal proposito, si segnala che la Consulta ha dichiarato, come previamente anticipato, che la normativa interna sul finanziamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in primo luogo, non è contraria al principio della libertà di stabilimento, enucleato dall'art. 49 TFUE, in quanto difettano nel caso di specie gli elementi di transnazionalità richiesti dalla norma. In particolare, nel caso di specie tale norma era stata invocata da una società italiana, con sede in Italia, avverso una normativa italiana e difettando qualsiasi collegamento tra la fattispecie nazionale e la disciplina europea la Consulta ha escluso la possibilità di invocare la normativa UE anche alla luce di *ex plurimis* sentenze della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, e del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*. In secondo luogo, non è apparso compromesso nemmeno il principio della libera prestazione dei servizi, posto che i contributi imposti per il finanziamento di enti controllori sono destinati esclusivamente alla copertura dei costi dell'Autorità e sono proporzionati, obiettivi e trasparenti (a tal proposito viene citata sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, cause riunite C-228, 232, 254 e 258/12, *Vodafone Omnitel NV*).

¹⁴ Si ricorda, infatti, che la Carta dei diritti, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, ha acquisito efficacia giuridica vincolante, essendo stata equiparata ai Trattati, solamente a seguito dell'entrata in vigore

era stata invocata dai ricorrenti, né dal giudice rimettente, e non aveva alcuna incidenza sul caso in esame¹⁵.

Si può rilevare *prima facie* che la Consulta con tale precisazione abbia voluto stabilire il seguente principio: nel caso in cui una legge interna sia oggetto di dubbi di legittimità tanto con riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto con riferimento a quelli garantiti dalla Carta di Nizza, nell'ambito di applicazione del diritto UE¹⁶ (ovvero in casi di cosiddetta “doppia pregiudizialità”), debba essere sollevata questione di legittimità costituzionale della norma in questione, fatto salvo il ricorso da parte del giudice comune al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto UE, di cui all'art. 267 TFUE; diversamente, nei casi in cui il giudice ordinario non dovesse adeguarsi a tale statuizione, la non applicazione trasmoderebbe “inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge”¹⁷.

La Corte costituzionale ha, quindi, individuato una nuova¹⁸ eccezione al principio di non applicazione della norma interna da parte del giudice comune¹⁹, nella misura in cui ha affermato che, “fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea”²⁰ come consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, un intervento *erga omnes* del giudice costituzionale risulta imprescindibile anche nel caso di violazione dei diritti della persona, qualora il contrasto sia determinato dall'antinomia della norma interna con la Carta di Nizza.

A sostegno di tale statuizione, la Consulta ha rilevato che “occorre prendere atto” che la Carta dei diritti costituisce parte del diritto UE ed è “dotata di caratteri

del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

¹⁵ Così sul punto, F.S. MARINI, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶ Occorre a tal riguardo evidenziare che la Consulta si è voluta riferire ai soli casi di “uso appropriato” della Carta di Nizza, ovvero i casi in cui il diritto interno può essere considerato ricadente nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione (A. GUZZAROTTI, *op. cit.*, p. 2), essendo l'ambito di applicazione della Carta di Nizza molto più limitato rispetto a quello delle costituzioni nazionali, dal momento che, ai sensi dell'art. 51 della CDFUE si estende solo alle fattispecie che sono “attuazione” del diritto dell'Unione.

¹⁷ Par. 5.3 della sentenza in commento.

¹⁸ È stato rilevato come, invero, in tempi risalenti la Consulta aveva già statuito la propria competenza a risolvere le eventuali antinomie normative nel caso in cui fossero in gioco i diritti fondamentali, in particolare nella sentenza n. 286/1986 (A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., p. 5).

¹⁹ L. SALVATO, *op. cit.*, p. 2 rammenta le pregresse e consolidate eccezioni al principio di non applicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, ovvero il caso in cui la norma UE sia direttamente applicabile (come confermato nel par. 5.2 della sentenza in commento); quando dall'applicazione di una direttiva derivi una responsabilità penale (sentenza della Corte costituzionale n. 28/2010); quando sia in gioco il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona (teoria dei controlimiti). Per un'attenta disamina sulla nascita e sull'evoluzione della teoria dei controlimiti, oltre che sul ruolo della Corte costituzionale nel controllo sul rispetto degli stessi, v. U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 1297 ss.

²⁰ La Consulta, quindi, mantiene fermi il principio del primato del diritto UE sul diritto nazionale, in virtù del quale il primo prevale sul secondo se contrastante, con la conseguente non applicazione della norma interna (enucleato nella sentenza della *Costa c. Enel* del 1964); e il principio dell'efficacia diretta delle norme del Trattato e delle direttive non attuate (enucleato rispettivamente nelle sentenze *Van Gend & Loos* del 1963 e *Van Duyn* del 1974), il quale comporta l'idoneità della norma UE, che presenti determinate caratteristiche, a creare direttamente diritti ed obblighi in capo ai soggetti dell'ordinamento, che possono farli valere innanzi ai giudici nazionali.

peculiari in ragione del suo contenuto tipicamente costituzionale”, affermando poi che sia ben possibile che, dal momento che i diritti e i principi garantiti dalla Carta si intersecano con quelli garantiti dalla Costituzione, si creino situazioni in cui la violazione di un diritto inerente la persona confligga contemporaneamente con le garanzie apprestate dalla Carta e con quelle derivanti dalla Costituzione²¹. In siffatte situazioni, la Corte costituzionale sembra attribuirsi il potere di risolvere il contrasto normativo, “anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)” ed afferma che, a tal fine, “giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”, richiamate dagli articoli 6 TUE e 52 CDFUE²².

Tra i commentatori della sentenza n. 269/2017 vi è chi ha rilevato che la Consulta, disponendo in tal senso, abbia “invertito l’ordine logico e cronologico della doppia pregiudizialità”²³, nella misura in cui ha lasciato inteso che la questione di legittimità costituzionale dovrà essere, di regola, trattata per prima, lasciando l’ipotesi del rinvio pregiudiziale in posizione successiva e, secondo alcuni, “comunque eventuale”: nello specifico, il citato richiamo all’esigenza di interpretare i diritti sanciti dalla Carta di Nizza in armonia con le tradizioni costituzionali degli Stati membri, infatti, nasconderebbe la constatazione che tale esigenza sarebbe garantita in maniera più efficace e immediata se i giudici istituzionalmente chiamati a “custodire le tradizioni costituzionali” si pronunciassero per primi sul diritto in esame²⁴ e non successivamente tramite l’attivazione del meccanismo estremo dei controlimiti²⁵.

²¹ A tal proposito, la Corte costituzionale richiama la nota vicenda *Taricco*, decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17.

²² Vi è chi ha rilevato che occorre valutare se tale statuizione sia conforme o meno con i principi fondamentali UE: in particolare, se la Consulta con tali affermazioni abbia voluto rivendicare una sorta di sindacato accentrato non solo sulla Costituzione, ma anche sulla Carta di Nizza, tale posizione si porrebbe sicuramente in contrasto con i principi UE (per quanto il contenuto della Carta dei diritti fondamentali possa assomigliare a quello di una Costituzione nazionale essa resta una fonte autonoma, la cui interpretazione non può essere effettuata dalle Corti costituzionali degli Stati membri, ma rimane prerogativa della Corte di giustizia); al contrario, un’interpretazione della suddetta statuizione conforme ai principi UE sarebbe possibile ritenendo che con la stessa la Consulta abbia continuato ad ammettere la possibilità di una “doppia pregiudizialità” rimanendo il rinvio pregiudiziale, quindi, un diritto/dovere irrinunciabile del giudice comune anche con riferimento alla Carta di Nizza (per approfondimenti si veda F.S. MARINI, *op. cit.*, p. 13 ss.).

²³ G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., p. 7, constata che i giudici della Consulta intendono partecipare all’elaborazione giurisprudenziale dei diritti “entrando in campo per primi, ponendo sul tappeto la tradizione giuridica e l’identità costituzionale italiane, e non più intervenendo come in passato, in via eventuale e di rincalzo”.

²⁴ In particolare, è stato evidenziato come, mentre nell’ordinanza n. 24/2017, riferita al caso *Taricco*, la Consulta si sia riservata il diritto “all’ultima parola”, nella presente pronuncia la stessa si sia irrogata il potere di pronunciare “la prima parola”, ovvero uno *ius primi verbi*, essendo stato invertito l’ordine di priorità tra questione di costituzionalità e rinvio pregiudiziale, nel caso in cui il giudice comune abbia dubbi sulla compatibilità di una norma interna con la Carta di Nizza (in tal senso, A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione”*, cit., p. 2).

²⁵ Così G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., p. 1 ss., che trae tale conclusione, in primo luogo, dal richiamo fatto dalla Consulta alle tradizioni costituzionali degli Stati membri che debbono essere armonizzate nell’interpretazione dei diritti sanciti dalla Carta di Nizza; in secondo luogo,

Dal principio in questione si è fatto derivare che il rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE, che fino alla pronuncia in commento doveva sempre precedere la questione di legittimità costituzionale a pena di inammissibilità, come ribadito peraltro nel par. 5.1 del “considerando in diritto” precedentemente analizzato, verrebbe posticipato alla proposizione di un incidente di costituzionalità e comunque previsto come ipotesi eventuale e residuale, nel caso specifico in cui sussistano dubbi di legittimità di una normativa interna sia con riferimento alla Costituzione che alla Carta di Nizza.

Tale “cambio di rotta” con riferimento alle ipotesi di doppia pregiudizialità, secondo la Corte, non sarebbe in contrasto con i principi UE²⁶. Vi è tra i commentatori chi ha rinvenuto, nella rivendicazione della centralità del sindacato della Corte costituzionale sulla Carta di Nizza, anche una volontà della Consulta di affermare la primazia dell’interpretazione “costituzionale” su quella eventualmente di diverso segno che potrebbe nascere dall’uso della Carta facendo riferimento solamente al diritto dell’Unione²⁷. D’altra parte, è stato rilevato che un’interpretazione conforme al diritto UE dei principi espressi impone la constatazione che nessuna corte costituzionale potrebbe legittimamente attribuirsi il potere di interpretare la Carta di Nizza unilateralmente, in armonia con le proprie tradizioni costituzionali, perché in realtà è solo nel dialogo con la Corte di giustizia che i valori di una Costituzione possono assurgere a tradizioni costituzionali “comuni”: per tale motivo, una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di inviare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia si porrebbe in diretto contrasto, da un lato, con la sentenza *Simmenthal* e, dall’altro, con il principio di leale cooperazione, stabilito all’art. 4 TUE²⁸.

A tal proposito, si rileva come molto recentemente la Corte di giustizia abbia fugato qualsiasi dubbio circa la statuizione che precede, avendo affermato che,

go, dalla statuizione della Corte per cui debba essere sollevata questione di legittimità costituzionale, “fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale”.

²⁶ A tal proposito, i giudici hanno richiamato il principio espresso dalla Corte di giustizia in varie pronunce (*ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia dell’11 settembre 2014, causa C-112/13, A c. B; del 22 giugno 2010, cause C-188/10, *Melki*, e C-189/10, *Abdeli*; del 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraft-werke c. Hauptzollamt Osnabrueck*), in base al quale – posto che ben si possano verificare casi di “doppia pregiudizialità”, ovvero situazioni di *overlapping protection* che possono dar luogo a questioni di legittimità costituzionale e, simultaneamente, questioni di compatibilità col diritto dell’Unione – il diritto UE “non osta” al carattere prioritario del giudizio di legittimità costituzionale di competenza delle corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, “in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti garantiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione” (par. 5.2 della sentenza in commento).

²⁷ R. CONTI, *La Cassazione*, cit., p. 7.

²⁸ F.S. MARINI, *op. cit.*, p. 11, ricorda come gli Stati che hanno cercato di limitare tale potere, quali Regno Unito e Polonia, abbiano dovuto stipulare un apposito Protocollo (n. 30) al Trattato di Lisbona, peraltro senza risultati. Si auspica, inoltre, che la Consulta, in coerenza con la consolidata giurisprudenza successiva alla sentenza *Granital*, non imponga ai giudici nazionali “rigide formule prestabilite”, ma lasci al sistema di garanzia delle tutele la flessibilità necessaria per assicurare una leale cooperazione con l’ordinamento dell’Unione e per mantenere un dialogo costruttivo con la Corte di giustizia (che anche con la sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, si è dimostrata aperta ad accogliere nella nozione “comune” i diritti e i valori fondamentali contenuti nella Costituzione italiana).

anche quando la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale alla Costituzione che il giudice rimettente ha considerato in sostanza corrispondenti a norme della Carta di Nizza, il controllo di costituzionalità non ha alcuna incidenza sull'obbligo, *ex art.* 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di giustizia eventuali questioni riguardanti la compatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione²⁹. Peraltro, la Consulta sembra aver chiaro tale concetto, dal momento in cui viene affermato, nella pronuncia in commento, che il principio del sindacato accentrato in caso di contrasto tra norma interna e CDFUE si inserisce in un "quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (...) affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico"³⁰.

Ne deriva quindi che, posto che la Consulta possiede il potere di rivendicare un controllo accentrato con riferimento alla Costituzione, tale potere non sarebbe ammesso in via esclusiva con riferimento alla Carta di Nizza: l'accentramento del sindacato sulla stessa non potrà comunque rimanere esclusiva prerogativa della Corte costituzionale, se la "precisazione" di quest'ultima si voglia ritenere conforme alla citata giurisprudenza della Corte di giustizia³¹: a conferma di ciò vi sarebbe, *inter alia*, la constatazione circa l'importante ruolo affidato sul piano interpretativo alla Carta di Nizza innanzi al giudice nazionale nei casi di sua diretta applicabilità³².

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd*. Per un approfondimento si rimanda alla nota 61 di questo scritto.

³⁰ Si rammenta infatti che l'art. 53 della Carta di Nizza stabilisce che nessuna disposizione della Carta debba essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto UE, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali, quali la CEDU, e dalle costituzioni degli Stati membri. Sull'interpretazione di tale articolo hanno scritto *ex plurimis* M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 2017, n. 3, p. 12 ss.; nonché R. CONTI, Sub art. 53, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009, p. 639 ss. Inoltre, il criterio della massimizzazione delle tutele è stato richiamato dalla stessa Consulta, da ultimo, nella sentenza n. 123/2017.

³¹ Peraltro, R. CONTI, *La Cassazione*, cit., p. 5, rileva che il nuovo principio individuato dalla Consulta non coinvolgerebbe, almeno in astratto, le ipotesi in cui la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune, stabilisca la necessità di disapplicare una norma interna contrastante con la Carta di Nizza, malgrado la pronuncia in senso opposto della Corte costituzionale.

³² In realtà, dall'affermazione della nuova eccezione al principio della non applicazione del giudice comune, autorevole dottrina ha fatto derivare come non rilevi più, ai fini della scelta circa il criterio da applicare per risolvere l'antinomia normativa, il carattere delle norme, ovvero il loro essere o meno *self-executing*, quanto piuttosto la capacità delle singole disposizioni di incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento, passando quindi dall'applicazione di un criterio "strutturale" all'applicazione di un criterio "assiologico-sostanziale" (A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., p. 6 s.). A tal proposito, lo stesso A. ha rilevato che la Consulta nella pronuncia in commento abbia espresso il principio per cui il conflitto tra criteri di risoluzione delle antinomie, ovvero il criterio strutturale e quello assiologico-sostanziale, si risolva sempre a beneficio del criterio di "valore", non comprendendo tuttavia "in nome di quale meta-criterio le cose debbano andare necessariamente così e, soprattutto, perché mai non possa lo stesso giudice comune – ricorrendone le condizioni – farsi interprete e garante diretto del primato delle norme in grado eminente espressive di valore". L'A., su questo ultimo punto, esprime riserbo circa il ragionamento sostenuto dalla Corte, constatando che in realtà ci si troverebbe di fronte ad un conflitto apparente tra criteri di risoluzione delle antinomie, piuttosto che ad un conflitto reale: infatti, rispettando l'art. 11 Cost. e facendo valere la Costituzione come sistema di "valori profondamente positivizzati"

4. La dottrina si è interrogata circa la *ratio* sottesa alla formulazione da parte della Consulta dell'analizzato principio del sindacato accentrato nel caso vi sia un contrasto tra una norma interna e la Carta di Nizza³³. A tal proposito, vi è chi ha svolto considerazioni circa il “fascino” prodotto dalla Carta di Nizza sui giudici comuni italiani, che avrebbe portato ad una sorta di “effetto di traboccamento” o di “*spill-over*” della Carta, rilevando come parte della giurisprudenza ordinaria³⁴, amministrativa e tributaria, avrebbe richiamato i principi enunciati dalla Carta di Nizza per non applicare norme interne ritenute in contrasto con quest'ultima, anche quando ciò non era necessario – data la coincidenza sostanziale dei contenuti della norma della Carta di Nizza invocata con quelli di norme costituzionali –, oppure non possibile – essendo stati richiamati in casi che non costituivano applicazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51, co. 2, della Carta³⁵.

Per quanto attiene alla giurisprudenza costituzionale, è stato notato che non è mancata occasione in cui la Consulta, prima ancora dell'equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati³⁶, ha utilizzato la Carta, attribuendole efficacia diretta e mettendo

sarebbe possibile assicurare sia il rispetto del criterio strutturale che di quello assiologico-sostanziale, attraverso la immediata e diretta applicazione della norma della Carta di Nizza autoapplicativa e idonea ad apprestare la migliore tutela o a concorrere ad innalzare il livello della stessa (p. 10).

³³ A tal proposito, tra i primi commentatori vi è chi ha richiamato alcune pregresse e autorevoli posizioni dottrinali, riferendosi, in particolar modo, ad alcuni scritti di Marta Cartabia, giudice relatore della sentenza in commento (*ex plurimis*, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4477 ss.; M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, 28-29 febbraio 2008, in *astridonline.it*; ID., *Convergenze e divergenze*, cit.; ID., *L'universalità dei diritti umani nell'era dei “nuovi diritti”*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, n. 3) e ad un saggio scritto da Augusto Barbera, giudice della Consulta (A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, 6 novembre 2017, reperibile in www.cortecostituzionale.it).

³⁴ Il riferimento è ad alcune pronunce dei giudici comuni, da alcuni commentatori ritenute non adeguatamente emblematiche (così R. CONTI, *La Cassazione*, cit., p. 3), quali una sentenza della Corte di appello di Roma in cui sono state disapplicate norme del c.p.p. relative al gratuito patrocinio applicando ad una situazione meramente interna direttamente l'art. 47 della Carta di Nizza, piuttosto che rimettere la questione alla Corte costituzionale (sentenza dell'11 aprile 2002); una sentenza del Tribunale di Lecco in cui si è esplicitamente evitato di verificare la compatibilità della normativa rilevante nel caso di specie con i principi costituzionali, posto che veniva comunque constatata la lesione della dignità della persona tutelata dalla Carta dei diritti (sez. I, sentenza del 4 aprile 2002); da ultimo, una sentenza della Corte di cassazione, che ha deciso di applicare direttamente i principi della Carta di Nizza, affermando inoltre che l'art. 51 di quest'ultima debba essere interpretato “in modo estensivo”, consentendo l'applicazione di principi della Carta in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione del diritto UE, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già da esso disciplinati, essendo sufficiente, nel caso dei diritti fondamentali, un solo elemento di collegamento, anche se non in termini di puntuale attuazione o esecuzione del diritto UE (sez. VI pen., sentenza del 21 dicembre 2016 n. 54467). Peraltro, diverse sono le pronunce con cui i giudici di legittimità hanno rilevato che la Carta di Nizza non avrebbe applicazione oltre che in casi di “attuazione del diritto dell'Unione” (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sentenze nn. 4184 e 9595/2012; SS.UU., n. 10130/2012; n. 9026/2013; SS.UU., n. 22772/2014).

³⁵ In particolare, secondo giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, per stabilire se una normativa nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione occorre verificare se la prima abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto UE o se sia in grado di incidere indirettamente sullo stesso, nel caso in cui la normativa interna persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto UE (in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Hernandez* e dell'8 marzo 2013, cause riunite C-87/12 e 291/13, *Ymeraga e a.*).

³⁶ *Ex plurimis*, sentenze della Corte costituzionale nn. 62/1992, 168/1994, 109/1997, 270/1999.

in relazione la normativa europea con quella interna³⁷. Inoltre, il suddetto effetto di “*spill-over*” della Carta sarebbe stato supportato, da un lato, dal legislatore italiano, nella misura in cui anche quest’ultimo in alcune occasioni ha richiamato i principi della Carta in materie estranee al perimetro di “attuazione del diritto dell’Unione”, e, dall’altro, dalla dottrina, poiché una parte sebbene minoritaria della stessa avrebbe prospettato la progressiva nascita di una “trans-costituzione” o “inter-costituzione” che metta insieme varie carte internazionali, europee e nazionali in tema di diritti fondamentali.

Sul punto è stato rilevato che, alla luce del sopra descritto *trend* legislativo, giurisprudenziale e dottrinario, vi sarebbe un rischio di progressiva erosione del ruolo e dei poteri della Corte costituzionale per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali, tale per cui sarebbe minato anche il principio della certezza del diritto³⁸, e si porrebbe, a tal proposito, la necessità di contenere tale effetto di “traboccamento” della Carta di Nizza³⁹.

Sottese all’affermazione del principio in esame vi sarebbero anche ragioni di politica costituzionale e, in particolare, nella constatazione della netta diminuzione dei giudizi proposti in via incidentale innanzi alla Corte costituzionale, soprattutto dopo l’attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati⁴⁰, e la conseguente “estraneazione” di quest’ultima dai processi inerenti la tutela dei

³⁷ In base ad una nota del Servizio studi della Corte costituzionale si rileva che, al 31 maggio 2017, ben 106 sue pronunce recavano espressa menzione della Carta di Nizza, spesso a supporto di conclusioni cui già era arrivata tramite la Costituzione: ad esempio, nella sentenza n. 236/2011 essa ha richiamato il principio dell’irretroattività della legge più favorevole facendo riferimento all’art. 49, co. 1, della Carta di Nizza; nella sentenza n. 168/2014 ci si era riferiti all’art. 34 della Carta, da cui deriva il diritto all’assistenza abitativa come componente del diritto ad un’esistenza dignitosa; con la sentenza n. 236/2016 la Consulta ha richiamato l’art. 40, co. 3, della Carta di Nizza riferendosi al principio di proporzionalità della pena rispetto al reato.

³⁸ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali*, in *Atti del convegno dell’Accademia dei Lincei su “La Costituzione ieri e oggi”*, 2008, reperibile online, p. 92 s. (sul punto è stato affermato che i diritti fondamentali rappresenterebbero “una zona impenetrabile, deposito dei tratti fondamentali della cultura di un popolo, da preservarsi dalla globalizzazione e dall’internazionalizzazione”).

³⁹ Vi è chi ha individuato, tra le motivazioni sottese alla necessità di una modifica del sistema dei rapporti tra diritto interno e diritto UE delineato con la sentenza *Simmenthal*, che sono intervenute importanti novità di tipo ordinamentale, in primo luogo, nella già Comunità europea, quali l’elezione diretta e i maggiori poteri conferiti al Parlamento europeo, il rafforzamento delle prerogative del Consiglio, l’estensione delle competenze UE, la moneta unica e i compiti della BCE, il rafforzamento della Corte di giustizia, nonché l’allargamento del numero degli Stati membri da 6 a 28; in secondo luogo, il ricorso in via pregiudiziale si è progressivamente ampliato, ammettendo la possibilità di riferirsi anche al diritto derivato, nonché è diventato uno strumento ancora più efficace per sindacare la legislazione interna e lo stesso diritto UE; in terzo luogo, vi sono state novità anche sul fronte dell’apparato delle fonti del diritto dell’Unione, in particolare, essendo passati da un sistema in cui spesso si fronteggiava un’antinomia tra una norma interna e una norma europea altrettanto dettagliata di immediata applicabilità, arrivando alla constatazione che ad oggi vi sono norme europee di diritto primario o secondario che stabiliscono obiettivi e norme interne non ritenute adeguate al perseguimento di quegli obiettivi; non da ultimo, occorre constatare l’attuale possibilità che si verifichi un’antinomia tra diritto nazionale e principi contenuti nella Carta di Nizza (sul punto, A. BARBERA, *op. cit.*, p. 11 s.).

⁴⁰ A tal proposito, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma, 2012, p. 134, già constatava che la Carta di Nizza sarebbe stata “la bomba ad orologeria” in grado di porre in discussione il sindacato accentrato di costituzionalità una volta che i giudici le avessero conferito diretta applicazione.

diritti fondamentali⁴¹: i giudici comuni, infatti, avrebbero la tendenza a dilatare al massimo le tutele dei diritti soggettivi attraverso gli strumenti dell'interpretazione conforme, dell'applicazione diretta delle norme (in alcuni casi anche non provviste di efficacia diretta) e del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, evitando quindi la proposizione di incidenti di costituzionalità.

5. Come si è avuto modo di accennare nei paragrafi precedenti, i giudici della Consulta hanno attribuito alla Carta di Nizza⁴² una valenza tipicamente costituzionale⁴³. A tal proposito, alla luce del principio della massimizzazione delle tutele dei diritti fondamentali che può derivarsi dall'art. 52, par. 3, della Carta, con riferimento al sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali che vede come protagonisti tanto gli ordinamenti nazionali, quanto quelli sovranazionali, si è parlato di un "sistema costituzionale multilivello", in cui i diversi strumenti di tutela si rimettono alle corti costituzionali, alla Corte di giustizia, e ai giudici comuni interni, chiamati a far valere il primato e la diretta applicabilità del diritto UE su quelli nazionali, tranne nel caso in cui i livelli di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali siano più intensamente protetti a livello di Costituzione nazionale, o dal diritto internazionale⁴⁴.

⁴¹ Così G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., p. 4. A tal proposito l'A. riporta alcuni dati utili alla percezione del fenomeno: in particolare, gli atti di promovimento, che nel quinquennio 2000-2004 erano in media 941 l'anno (con un picco nel 2003 di 1.196), sono scesi nel periodo 2005-2009 a 586, nel successivo quinquennio a 311, nell'ultimo triennio a 275 (di cui appena 198 nel 2017); sono corrispondentemente calate le pronunce rese in esito a giudizi incidentali, che erano 361 di media negli anni 2000-2004 e si sono ridotte a 293 negli anni 2005-2009, a 173 nel quadriennio 2010-2013 e a 158 negli anni 2014-2016.

⁴² In tema v., *ex multis*, B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 49 ss.). Per quanto attiene al contenuto della Carta, vi è da rilevare che sebbene lo stesso sia in gran parte dichiarativo con effetto specificativo e, alle volte, rafforzativo di diritti che già da tempo erano stati riconosciuti in Europa (a tal riguardo si evidenzia come siano stati trasposti nella Carta i principi generali, ricavati dagli ordinamenti nazionali e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, supportata dalla giurisprudenza nazionale), il catalogo dei diritti, tuttavia, è stato innovato con i cosiddetti "diritti nuovi", ovvero diritti che non trovano traccia nella giurisprudenza europea precedente, né nella CEDU, né nelle costituzioni nazionali (in tal senso I. RIVERA, *L'Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico*, in *Federalismi.it*, 2014, reperibile online, osserva che, nonostante la perplessità sulla portata innovativa della Carta di Nizza mostrata da parte di alcuni, è innegabile che la stessa, piuttosto che costituire un catalogo meramente ricognitivo di diritti già riconosciuti, integri l'ossatura dell'ordinamento UE, "universalizzando i valori e i principi sparsi in Carte costituzionali e convenzionali, di cui ne condivide il formante"). Sul ruolo della Carta di Nizza nella promozione dei diritti sociali v. E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 13 ss.

⁴³ Per un'attenta disamina circa la tutela dei diritti dell'uomo in Europa prima e dopo la Carta di Nizza v. V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, n. 2, p. 6 ss. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi Starace*, cit., II, p. 1285, rileva come la Carta di Nizza abbia fatto "cadere la barriera tra le diverse categorie o generazioni dei diritti" e abbia "proclamato l'indivisibilità rendendole tutte partecipi della stessa natura di diritti fondamentali".

⁴⁴ Sul concetto di sistema costituzionale multilivello v., *ex plurimis*, S. GAMBINO, *La protezione multilevel dei diritti fondamentali fra Costituzioni, trattati comunitari e giurisdizioni*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, p. 1007 ss., nonché I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revised?*, in *Common Market Law Review*,

È stato sostenuto che, a seguito della sostanziale incorporazione della Carta dei diritti all'interno dei Trattati e della conseguente attribuzione alla prima del loro stesso valore giuridico, l'integrazione europea si presterebbe ad essere considerata come un "processo costituzionale pienamente conseguito", sebbene in deroga alle norme di diritto pubblico che individuano le condizioni per la legittimazione politica di una nuova Costituzione⁴⁵. D'altra parte, vi è chi ha ritenuto che se, ad oggi, l'incorporazione sostanziale della Carta di Nizza nei Trattati e quindi la loro "scrittura" in un ampio catalogo – che, per certi versi, rappresenta il "riepilogo" della giurisprudenza europea⁴⁶, di quella di Strasburgo, e alla cui formazione hanno contribuito le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come interpretate e armonizzate dal giudice di Lussemburgo⁴⁷ – non consente ancora di poterla considerare espressione di una piena costituzionalizzazione dell'ordinamento UE⁴⁸, essa indubbiamente incide in modo rilevante in tale direzione, rappresentandone la sua "fase embrionale"⁴⁹: è innegabile, infatti, constatare la somiglianza di contenuto tra i diritti sanciti dalla Carta e dalle costituzioni nazionali di molti Paesi UE.

È stato sostenuto, poi, che la Carta dei diritti avrebbe un "effetto centralizzatore", nella misura in cui attrarrebbe a livello europeo la tutela dei diritti fondamentali, "svuotando" allo stesso tempo quella garantita dalle costituzioni nazionali ed erodendo i limiti di competenza in cui dovrebbe essere circoscritto l'operato dell'Unione⁵⁰.

Concludendo, dalla presa di posizione della Consulta nella sentenza commentata è stato fatto derivare che, ammettendo il carattere costituzionale della Carta di Nizza, la Corte costituzionale abbia ammesso implicitamente anche il carattere sostanzialmente costituzionale del suo garante, ovvero la Corte di giustizia: l'attitudine delle

1999, p. 36 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma, 2003; I. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, *ivi*, p. 43 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, 2005, p. 79 ss.; G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2009, p. 23.

⁴⁵ Così S. GAMBINO, *Diritti fondamentali tra Unione europea e Costituzione italiana*, in *Panoptica*, 2010, p. 75 ss., che si interroga, inoltre, su quali siano le procedure "costituenti" da seguire per assicurare una trasformazione degli attuali Trattati dell'Unione in una vera e propria Costituzione europea, questionando sulla sufficienza delle procedure attuali previste per la revisione dei Trattati ad essere considerate "costituenti" o se le stesse possono compararsi con le procedure di revisione previste per le costituzioni europee.

⁴⁶ Sul punto, *ex plurimis*, v. E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 164 ss.; G. GAJA, *Principi del diritto (dir. intern.)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXV, 1986, p. 542 ss.

⁴⁷ Per un approfondimento sull'interpretazione e l'applicazione della Carta di Nizza da parte della Corte di Lussemburgo v. P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.

⁴⁸ S. GAMBINO, *Diritti fondamentali*, cit., p. 113.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, 12 gennaio 2001, in www.luiss.it.

⁵⁰ In tal senso, M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., p. 546. Cfr. A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Right Organization? European Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 ss.; A.C. PEREIRA-MENAUT, *A Plea for a Compound res publica europea: Proposal for Increasing Constitutionalism without Increasing Statism*, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 2003, p. 93 ss.

corti europee a conformarsi come corti tendenzialmente costituzionali sarebbe stata, infatti, ravvivata dall'*overruling* della Consulta nel caso commentato⁵¹.

6. Tra i commentatori della sentenza n. 269/2017 vi è chi si è interrogato sulle possibili reazioni della giurisprudenza nazionale e sovranazionale ai principi espressi dalla Consulta. A tal proposito, una valutazione preliminare si impone alla luce del fatto che il principio del sindacato accentrato della Consulta in caso di risoluzione di un'eventuale antinomia normativa tra diritto interno e Carta di Nizza è stato pronunciato con un *obiter dictum*, da cui consegue che saranno i giudici comuni a dover esplicitare il senso di tale "precisazione" e la sua natura più o meno vincolante⁵².

Chiarito preliminarmente tale aspetto, si rileva che, come accennato, diversi commentatori hanno proposto alcune riflessioni sulla possibile reazione della Corte di giustizia ai principi enucleati nella sentenza n. 269/2017, oltre che alcune considerazioni circa le prime reazioni dei giudici comuni che già hanno avuto modo di pronunciarsi sul tema⁵³. Per quanto attiene alla possibile replica della Corte di

⁵¹ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., p. 6, sostiene che siffatto riconoscimento porterebbe naturalmente anche la conseguenza della pari dignità costituzionale di tutte le carte dei diritti (e di tutte le corti), senza alcuna gerarchia. Vengono richiamati a sostegno dell'affermazione O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010; O. POLLICINO, V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in E. FALETTI, V. PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010, p. 125 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.

⁵² A tal proposito alcuni commentatori hanno "iridimensionato" la portata del principio in esame, rammentando che, in generale, l'*obiter dictum* non ha efficacia vincolante (F.S. MARINI, *op. cit.*, p. 15), mentre altri hanno sostenuto che, per le ragioni per le quali è stato enunciato – indicate specificatamente nella sentenza – e per la modalità con il quale è stato formulato – essendo stato trattato in un autonomo paragrafo della sentenza – esso non costituirebbe una "divagazione minima", come tale non vincolante, ma esprimerebbe un determinato principio che la Consulta ha voluto enunciare, anche per orientare l'interpretazione dei giudici comuni (L. SALVATO, *op. cit.*, p. 3 s.; in senso conforme è G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., p. 14). In ultimo, R. CONTI, *La Cassazione*, cit., p. 2, riporta l'esperienza degli *obiter dicta* espressi dalla Corte di cassazione, organo di sua appartenenza, riconoscendo come gli stessi non abbiano valore vincolante, trattandosi di affermazioni che eccedono le necessità logico-giuridiche della decisione (così, *ex plurimis*, le sentenze nn. 4686/1997; 13824/2004; 11374/2015; 5083/2016).

⁵³ A tal proposito, si rileva che in una recentissima ordinanza interlocutoria (Corte di cassazione, sez. II civ., n. 3138/2018) i giudici di legittimità hanno sollevato due questioni di legittimità costituzionale con riferimento a due articoli del Testo unico della finanza (TUF) per asserito contrasto sia con norme costituzionali, sia con disposizioni della Carta di Nizza. In tale occasione, la Cassazione ha richiamato i principi espressi nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, rammentando che nonostante le disposizioni della Carta di Nizza rilevanti nel caso di specie fossero direttamente applicabili, si è posta la necessità di sollevare preliminarmente una questione di costituzionalità, alla luce della necessaria rimeditazione del *modus operandi* individuato sin dalla sentenza *Granital*, a seguito della precisazione espressa dalla Consulta nella sentenza commentata (§11.3.6.7). Secondo la Cassazione, poi, rientrerebbe nelle prerogative della Corte costituzionale la valutazione sulla opportunità di attivare, "nel quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia", il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, nell'ambito del giudizio incidentale di costituzionalità, al fine di valutare la compatibilità della normativa nazionale con il diritto UE (§13.3.4.3). Tale pronuncia merita particolare rilievo anche per il fatto che in tale sede la Cassazione ha chiesto alla Corte costituzionale di chiarire "l'ambito dei profili in relazione ai quali il giudice comune – e, segnatamente, il giudice

Lussemburgo, vi è chi ha rilevato che tale pronuncia potrebbe attivare un nuovo conflitto con i giudici UE, che, in realtà, si erano dimostrati aperti ad un dialogo costruttivo con la nostra Corte costituzionale a seguito della sentenza *Taricco*⁵⁴: infatti, essendo in gioco la delimitazione dei criteri di risoluzione delle antinomie, il suddetto conflitto, secondo alcuni, potrebbe divenire ancora più aspro⁵⁵.

Di contro, è stato osservato che la Corte di giustizia ben potrebbe accogliere l'idea che, a livello nazionale, il giudice competente a risolvere conflitti tra norme "tipicamente costituzionali", quali ad oggi potrebbero essere considerate non solo le disposizioni costituzionali ma anche la Carta di Nizza, sia il giudice costituzionale⁵⁶, piuttosto che il giudice comune.

di ultima istanza – mantenga il potere (se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, ove tale rinvio non fosse stato già azionato dalla stessa Corte costituzionale) di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche, eventualmente, sotto il profilo della conformità alla CFDEU quale norma interposta rispetto agli articoli 11 e 117 Cost.)", almeno nelle ipotesi in cui si possa dubitare della compatibilità della normativa interna al diritto UE per "profili diversi" da quelli questionati alla Consulta in sede di giudizio di legittimità costituzionale (§11.3.6.8). Molte questioni restano quindi ancora aperte. Sul punto, A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta dalla Cassazione a Corte cost. n. 269/2017*, in *Consulta online*, 23 febbraio 2018, reperibile *online*; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 12 marzo 2018, reperibile *online*. Un'altra recente pronuncia in cui la Cassazione ha richiamato i principi espressi nella sentenza n. 269/2017 è la n. 4223/2018, con cui i giudici di legittimità hanno rimesso alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale con riferimento alla normativa in tema di lavoro intermittente per presunta incompatibilità della stessa con il principio di uguaglianza e con il divieto di discriminazione. Sul punto, V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti comparati*, 16 marzo 2018, reperibile *online*.

⁵⁴ Per una disamina dei principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* e delle reazioni della giurisprudenza italiana alla stessa si richiama U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 500 ss.

⁵⁵ A. RUGGERI, *SVolta della Consulta*, cit., p. 12.

⁵⁶ Sul punto si rileva che la "precisazione" espressa dalla Corte costituzionale non rappresenta una novità nel panorama delle pronunce delle corti costituzionali nazionali. Nello stesso senso, infatti, si è recentemente pronunciato il Consiglio costituzionale francese, con una decisione che ha portato ad un procedimento di revisione costituzionale con cui ha stabilito l'anteriorità logica della questione di costituzionalità sul rinvio pregiudiziale (a tal proposito si vedano il nuovo art. 61-1 della Costituzione francese, il quale dispone che "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article"; mentre l'art. 62 stabilisce, per quanto di interesse, che "Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause". D'altro canto, il Tribunale costituzionale federale austriaco, nella sentenza del 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13, ha invertito l'ordine delle pregiudiziali, ma le condizioni per l'esercizio del previo onere di delibazione sono state limitate, nel senso che la priorità dell'incidente di costituzionalità sarebbe configurabile solo quando il contenuto di garanzia della Carta di Nizza sia simile, "nella sua formulazione letterale e nella sua ispirazione" ai diritti garantiti dalla Costituzione federale (e quindi i casi in cui la questione di costituzionalità assorbe pienamente quella di diritto UE).

In realtà, ciò che si rileva è che, alla luce della conformazione del sistema di tutela multilivello dei diritti in cui gli interpreti si trovano attualmente ad operare e della costante riaffermazione del principio della massimizzazione delle tutele sia da parte dei giudici nazionali che di quelli sovranazionali, occorrerebbe evitare di ricavare dalla sentenza in oggetto una rivendicazione di potere della Consulta sulla Carta di Nizza – nei confronti della Corte di giustizia – e piuttosto desumere dai principi espressi la necessità di una maggiore e più strutturata cooperazione tra le corti, al fine di individuare, caso per caso, la carta dei diritti che garantisca il più elevato livello di tutela del singolo: si è affermato, infatti, che l'unica interpretazione conforme al diritto UE del principio del sindacato accentrato della Consulta nella risoluzione di un eventuale contrasto tra diritto nazionale e Carta di Nizza impone che tale sindacato non influisca in alcun modo sull'obbligo del giudice comune di sottoporre alla Corte di giustizia eventuali questioni pregiudiziali, in conformità, peraltro, a quanto affermato recentemente dai giudici di Lussemburgo nella citata sentenza *Global Starnet Ltd.*

A tal fine, e anche allo scopo di prevenire l'insorgere di eventuali contrasti tra diritto interno e diritto UE, si ritiene necessario alimentare – tra i giudici nazionali e tra giudici nazionali e sovranazionali – un dialogo più marcato e strutturato di quello attuale, basato sullo scambio costruttivo delle esperienze maturate all'interno delle diverse giurisdizioni⁵⁷, da attuare ad esempio, a livello orizzontale, attraverso un consistente investimento nella formazione dei giudici interni sulle fonti e sulla giurisprudenza internazionale, sovranazionale e di altri Stati⁵⁸ con un conseguente maggiore utilizzo, da parte dei giudici nazionali, della comparazione nelle decisioni interne⁵⁹.

In conclusione, allo stato attuale, se da un lato, come si è detto, la Corte di giustizia continua a rimanere unica interprete della Carta di Nizza in quanto fonte del diritto autonoma dalle costituzioni nazionali, dall'altro, i giudici di Lussemburgo – essendo tenuti ad interpretare la Carta in armonia con le tradizioni costituzionali degli Stati membri – saranno chiamati a continuare a dialogare in modo costruttivo con i giudici statali al fine di individuare tali tradizioni, anche e soprattutto sfruttando il meccanismo del rinvio pregiudiziale attivato dalle corti nazionali:

⁵⁷ Nello stesso senso, G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 37 ss.

⁵⁸ Così, R. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questione giustizia*, 2016, reperibile online, p. 111.

⁵⁹ A supporto di tale affermazione vi sarebbe il fatto che la Consulta stessa ha confermato l'assunto che tutte le Carte dei diritti “si integrano reciprocamente e nell'interpretazione” e che perciò uno stesso diritto può essere disciplinato da più strumenti, con la conseguenza che l'applicazione diretta della Costituzione si converte e si risolve nell'applicazione diretta di un'altra Carta o anche di una “tradizione costituzionale comune” (Corte costituzionale, sentenza n. 388 del 1999). I giudici costituzionali hanno, inoltre, statuito, in una pronuncia meno recente, che “tutti i diritti fondamentali (...) si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la preferenza assoluta sugli altri (...). Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette (...). La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi” (sentenza n. 85/2013).

tale ultimo strumento, difatti, rappresenta un fertile, e quanto mai utile⁶⁰, terreno di scambio di orientamenti, che come si è detto non può considerarsi limitato dalle statuizioni della pronuncia in oggetto⁶¹.

D'altro canto, posto che i giudici costituzionali dovranno continuare a produrre interpretazioni del parametro nazionale di costituzionalità anche con riferimento ai diritti fondamentali che trovano ad oggi la loro sede di tutela non solo nelle costituzioni nazionali, occorre che la risoluzione dei casi specifici avvenga, per utilizzare le parole della Consulta, “in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia”, senza lasciarsi a “tentazioni sovraniste” - anche evitando di utilizzare l'arma dei controlimiti come mezzo per recuperare spazi di identità costituzionale - e diversamente ponendosi nei confronti della Corte di giustizia in un'ottica di collaborazione e scambio reciproco di orientamenti e ordinamenti: solamente in questo modo, infatti, potrà raggiungersi efficacemente l'obiettivo della maggior tutela dei diritti fondamentali previsto dalla Carta di Nizza, assicurando una protezione più avanzata di questi ultimi grazie al ricorso al sistema maggiormente garantista e ponendo al centro l'individuo nel suo essere cittadino nazionale ed europeo.

Abstract

The Centralized Model of Constitutional Review in Case of Contrast between National Law and the Charter of Nice: Considerations on the Judgement No. 269/2017 of the Italian Constitutional Court

In the judgement No. 269/2017 the Italian Constitutional Court has set out principles that seem to have modified the system of relations between national law and EU law, outlined since the *Granital* judgement. After having analyzed the content of the judgement in comment, the Author tries to identify the rationale beneath the affirmation of the above

⁶⁰ In questo senso, U. VILLANI, *I “controlimiti”*, cit., p. 1320.

⁶¹ Si ricorda, infatti, che tale punto è stato ribadito anche dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Global Starnet Ltd*, in cui ha affermato che “l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte” (punto 23), cosicché “l'articolo 267 par. 3 TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi, abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione”. Sul punto, A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia*, in *Diritti comparati*, 9 gennaio 2018, reperibile *online*.

principles, with a consideration on the “constitutional” value of the Charter of Nice. In conclusion, the possible reactions of both national judges, some of them already pronounced, and the Court of Justice of the European Union are outlined. Finally, it is proposed the need to grasp from the judgement No. 269/2017 the opportunity for the creation of a more structured dialogue between the Courts dealing with fundamental rights, avoiding the occurrence of a new conflict between them, in order to ensure the maximum protection of fundamental rights at a systemic level.

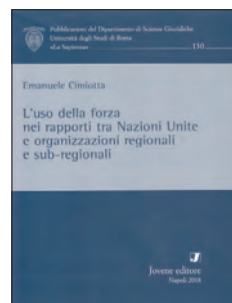


Recensioni

Emanuele Cimiotta

L'uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali

Napoli, Jovene, 2018, pp. XVII-300



L'ampia pubblicistica in tema di rapporti tra ONU e organizzazioni regionali nel mantenimento della pace si arricchisce della recente monografia di Emanuele Cimiotta. Questa tematica, infatti, continua a mantenere la sua attualità (si pensi, da ultimo, alle dichiarazioni del 14 settembre 2018 del Segretario generale dell'OSA, Luis Almagro, in merito a un possibile intervento dell'Organizzazione in Venezuela) e impone una particolare cautela al giurista che intenda occuparsene, poiché è intriso di elementi politico-diplomatici, che rendono assai complessa l'analisi giuridica. Non a caso, come rileva l'A., il tema è oggetto di un rinnovato interesse da parte di studiosi di altre discipline.

Il volume comprende quattro capitoli (il primo dei quali è, invero, una sintetica Introduzione) e si chiude con un'ampia Bibliografia, che dà conto dei principali contributi dottrinali dedicati ai temi oggetto di approfondimento. Il principale merito di Cimiotta è aver accolto una prospettiva diversa da quella usualmente adottata in dottrina, pur se non completamente nuova. Egli, come emerge sin dal titolo, si sofferma su quella che chiama una relazione “triangolare” dei rapporti tra organizzazioni, la quale include, oltre all'organizzazione universale e a quelle regionali, anche le organizzazioni sub-regionali, che si sono andate moltiplicando negli ultimi decenni e che il Consiglio di sicurezza ONU ha progressivamente riconosciuto come validi interlocutori. Le organizzazioni sub-regionali risultano particolarmente numerose e attive nel mantenimento della pace nel continente africano, ove è del resto maggiore il numero di crisi e conflitti e, di conseguenza, sono in prevalenza dispiegate le più consistenti operazioni multilaterali.

Secondo Cimiotta, la prassi di collaborazione sviluppata tra le organizzazioni consente di affermare che quelle regionali e sub-regionali “non sembrano più agire in quanto «organi decentrati» dell'ONU (...). Al contrario, oggi [esse] sembrano venire in rilievo in quanto entità chiamate a svolgere compiti e funzioni propri” (p. 14; si tratta di quella che l'A. definisce “autonomia funzionale”). All'analisi della menzionata “triangolazione”, che sottende l'intero volume, è specificamente dedicato il quarto e ultimo capitolo, in cui l'A. valuta criticamente la prassi e la dottrina pertinenti, arrivando a conclusioni coerenti e in parte innovative, anche se

non sempre condivisibili. Mi riferisco, in particolare, all'affermazione secondo cui il secondo enunciato dell'art. 53, par. 1, della Carta ONU "non comporta alcuna delega di poteri spettanti al Consiglio di sicurezza, ma l'esercizio di poteri di cui l'organizzazione è titolare in virtù del proprio diritto interno" (p. 272 s.). A conferma della sua ricostruzione, l'A. richiama la prassi recente del Consiglio di sicurezza, in particolare la circostanza che esso invochi il capitolo VII piuttosto che il capitolo VIII. Interessante, anche se difficile da condividere, è la conclusione di Cimiotta in merito alla "progressiva affermazione dei 'sistemi' regionali di sicurezza collettiva" autonomi rispetto all'ONU, che come egli stesso riconosce "può tradursi in una certa parcellizzazione della sicurezza collettiva, data la compresenza di più apparati istituzionali potenzialmente in concorso tra loro" (p. 275).

Più tradizionale, ma nondimeno apprezzabile per lo spirito critico che informa di sé il volume in commento, risulta la trattazione condotta nei capitoli II e III. L'uno è dedicato all'interpretazione delle nozioni contenute nel capitolo VIII della Carta ONU, come quella di "organizzazioni e accordi regionali" (inclusiva di quelle sub-regionali), condotta anche alla luce della prassi sviluppatasi nel corso dei decenni, e quella di "azione coercitiva" di cui al già richiamato art. 53, par. 1, della Carta. Nel capitolo III, invece, Cimiotta si sofferma sulla distinzione tra operazioni svolte da organizzazioni regionali e sub-regionali "utilizzate" e "autorizzate" dal Consiglio di sicurezza, esaminando criticamente anche altre opzioni emerse nella prassi e alquanto dibattute in dottrina; mi riferisco alle autorizzazioni successive e a quelle implicite.

In conclusione, il volume qui recensito costituisce un approfondimento utile e stimolante su un tema classico, ma sempre attuale, del diritto delle organizzazioni internazionali. L'A. propone delle soluzioni interessanti che, in qualche misura, più che dare conto della prassi recente sembrano anticipare possibili tendenze future. Come già rilevato, peraltro, l'elevata politicità che caratterizza il tema dei rapporti tra ONU e organizzazioni regionali (e sub-regionali) non rende agevole fare delle previsioni. Le soluzioni proposte da Cimiotta andranno quindi testate alla luce della prassi futura, il che nulla toglie al valore dello studio da egli condotto.

Ivan Ingravallo

Giuseppe Pascale

La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano

Napoli, Jovene, 2017, pp. XVIII-437



La monografia di Giuseppe Pascale affronta un tema sempre attuale e complesso, come quello della tutela internazionale dei diritti umani, considerato dall'angolo visuale degli strumenti giuridici e dei meccanismi a tal fine esistenti nel continente africano. La scelta di questa prospettiva è spiegata dall'A. nella Introduzione al volume, laddove Pascale afferma che, il più delle volte, le ricerche dedicate al sistema africano di tutela dei diritti umani sono "limitate a profili specifici o inserite in trattazioni di ordine generale", il che impone di "colmare una lacuna ormai sempre meno giustificabile nell'ambito degli studi giuridici sulla protezione internazionale dei diritti umani" (p. 24).

Il libro, ben scritto e provvisto di un ampio apparato di note di dottrina (che è raccolta anche in oltre cinquanta pagine di Bibliografia), giurisprudenza e documentazione, è strutturato in quattro capitoli, dedicati rispettivamente alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, alla Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e, infine, ai recenti sviluppi in tema di controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti dell'uomo nel continente africano. La struttura del lavoro, anche se non originale, è nondimeno apprezzabile sotto il profilo dell'approccio prescelto, in quanto l'A. si impegna ad esaminare criticamente le questioni oggetto della sua indagine, non limitandosi a descrivere il catalogo dei diritti tutelati (capitolo I) e gli strumenti di controllo (capitoli II-IV), ma ne mette in luce i limiti e, in alcuni casi, propone interessanti soluzioni *de iure condendo*, che sarebbero utili al fine di migliorare il sistema internazionale di tutela dei diritti umani in Africa. Altrettanto apprezzabile è la circostanza di inserire l'analisi dei macrotemi oggetto dei quattro capitoli in un contesto più ampio, che tiene conto della dimensione internazionale e comparata (rispetto ai sistemi europeo e americano di tutela dei diritti umani), ma soprattutto di quelle infraregionali, considerato che l'Africa si caratterizza, anche sotto questo profilo, per la grande quantità di iniziative (v. il par. 14, dedicato agli altri trattati rilevanti in ambito regionale), legate anche all'esistenza di sottogruppi regionali, che, anche in questo ambito, si affiancano a quelle (in primo luogo, l'Unione africana-UA) che coinvolgono l'intero continente (v. i paragrafi 51-52).

Il filo conduttore dell'analisi del sistema africano di tutela dei diritti umani condotta da Pascale è, in maniera del tutto condivisibile per un giurista, imperniato sulla valutazione della sua efficacia. Il volume ha il merito di mettere in luce come

i numerosi incontri dei governanti africani, seguiti da solenni proclami e documenti, spesso intrisi, ancor più che altrove, di retorica sui diritti umani, fanno fatica a tradursi in precisi obblighi giuridici. E, anche quando ciò accade, il loro recepimento negli ordinamenti interni risulta spesso inefficace, il che incide in termini di scarsa effettività dei diritti dei singoli, che costituisce una diretta conseguenza della farraginosità e della scarsa incisività dei meccanismi volti alla loro tutela. Come afferma l'A. a conclusione del capitolo I, infatti, vi sono numerosi elementi che mostrano una costante tendenza degli Stati africani a favorire i propri interessi nazionali, sia nella definizione dei diritti tutelati, sia nell'elaborazione dei meccanismi di controllo.

L'ultimo capitolo del libro è il più attuale e, sotto diversi aspetti, costituisce una conferma dell'atteggiamento cauto degli Stati africani nei confronti di un efficace sistema di controllo giurisdizionale a livello continentale del rispetto dei diritti dell'uomo. Pascale, come accennato, si sofferma sui recenti sviluppi in materia e, dopo aver ripercorso le tappe che, alquanto confusamente, hanno portato nell'ultimo ventennio gli Stati africani a concludere accordi e protocolli su una Corte di giustizia UA, dapprima autonoma, ma in seguito fusa con la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli in una nuova Corte, denominata Corte africana di giustizia e dei diritti dell'uomo, ancora non in vigore, ma che dovrebbe comprendere a sua volta una Sezione competente in materia di diritto internazionale penale, al fine di sottrarre competenza alla Corte penale internazionale, e via dicendo.

In ultima analisi, ha buon gioco Pascale nell'analizzare criticamente le iniziative più recenti di modifica del sistema di controllo africano a tutela dei diritti umani. Il confuso *bricolage* istituzionale dell'ultimo ventennio (Protocolli di Maputo, di Sharm el-Sheikh, di Malabo, ecc.), sempre accompagnato dall'assillo dovuto ai limitati mezzi economici a disposizione dell'UA, fa infatti emergere, ancora una volta, la tensione tra la volontà di assumere obblighi di diritto internazionale e quella di proteggere la sovranità statale da interferenze esterne. Come afferma efficacemente l'A.: "Poco è quindi cambiato rispetto all'epoca in cui la Carta africana fu stipulata: gli Stati africani continuano a fare un uso strumentale della tutela internazionale dei diritti dell'uomo". Né, purtroppo per le vittime di violazioni dei diritti umani, è possibile cogliere segnali di un cambio di approccio, almeno nel breve periodo.

Ivan Ingravallo

Libri ricevuti

Jacopo Alberti, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. XVI-475.

Chiara Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e contro-limiti alla prova "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. XII-419.

Chiara Amalfitano, Massimo Condinanzi (a cura di), *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i Trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. XVIII-452.

Marco Balboni (ed.), *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. XXXIX-324.

Maria Eugenia Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. XIV-350.

Leonardo Borlini, *Il Consiglio di sicurezza e gli individui*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. XXI-510.

Giandonato Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, Cacucci, 2018, pp. X-318.

Carmelita Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. VI-239.

Andrea Cannone, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, Cacucci, 2018, pp. IX-161.

Maria Cristina Carta, *Dalla libertà di circolazione alla coesione territoriale nell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2018, pp. XIV-305.

Sarah Cassella (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, pp. 340.

Luca Caveada, *Questioni aperte sulla presenza della Santa Sede nel diritto internazionale*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2018, pp. XXI-553.

Giovanni Cellamare, Ivan Ingravallo (eds.), *Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues*, Cham, Giappichelli-Springer, 2018, pp. VII-190.

Francesco Cherubini, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, Bari, Cacucci, 2018, pp. X-129.

Emanuele Cimiotta, *L'uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali*, Napoli, Jovene, 2018, pp. XVII-300.

Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, XI ed. a cura di Massimo Iovane, 2018, pp. XXVIII-506.

Bernardo Cortese, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostruzione, collaborazione e autonomia*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XVII-342.

Antonietta Damato, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, Cacucci, 2018, p. VIII-122.

Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, VI ed., 2018, pp. XXVIII-532.

Saverio Di Benedetto, *Sovranità dello Stato sulle risorse naturali e tutela degli equilibri ecologici nel diritto internazionale generale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XVII-282.

Valeria Di Comite, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, Bari, Cacucci, 2018, pp. VIII-152.

Angela Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 409.

Antonio Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 614.

Gaspere Fiengo, *Il Consiglio europeo nelle dinamiche interistituzionali. Inquadramento giuridico e prassi evolutiva*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 171.

Daniele Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. XVI-515.

L'integrazione europea, sessant'anni dopo i Trattati di Roma, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 202.

Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XXX-1082.

Paola Mariani, *Lasciare l'Unione europea. Riflessioni giuridiche sul recesso nei giorni di Brexit*, Milano, EGEA, 2018, pp. IX-259.

Francesco Mastroberti, Ivan Ingravallo (a cura di), *Governo e diritti dello spazio marino Adriatico-Jonico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 226.

Roberto Mastroianni, Flavia Rolando (a cura di), *La codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 229.

Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Milano, Wolters Kluwer, II ed., 2018, pp. XIV-493.

Giuseppe Morgese, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, Cacucci, 2018, pp. IX-201.

Claudia Morini, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 208.

Eloisa Mura, Mancini in cattedra. Le lezioni torinesi di diritto internazionale del 1850-51 e 1851-52, Pisa, ETS, 2018, pp. 353.

Egeria Nalin, *L'applicabilità del diritto internazionale umanitario alle operazioni di peace-keeping delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. IX-197.

Giuseppe Nesi (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 683.

Michele Nino, *Land grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. XII-317.

Piergiuseppe Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 285.

Lorenzo Federico Pace, *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2018, pp. XVI-184.

Antonio J. Palma, *Gli stati di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all'equo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 518.

Beatrice Pasciuta, Luca Loschiavo (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, Roma Tre-Press, 2018, pp. 193.

Francesca Perrini, *Cambiamenti climatici e migrazioni forzate. Verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 186.

Emanuela Pistoia, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2018, pp. X-180.

Anna Pitrone, *Regimi speciali in materia di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 208.

Giuseppe Puma, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XXV-345.

Pietro Pustorino, *Movimenti insurrezionali e diritto internazionale*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 343.

Susanna Quadri, *Sovranità funzionale e immigrazione nel diritto internazionale: il caso europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 167.

Alessandro Ranieri, *La circolazione delle armi in mare e il diritto internazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. XVI-316.

Natalino Ronzitti, Elena Sciso (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide del diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XVI-299.

Nicola Ruccia, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, Bari, Cacucci, 2018, pp. IX-167.

Tom Ruys, Olivier Corten, with Alexandra Hofer (eds.), *The Use of Force in International Law. A Case-based Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. XI-948.

Andrea Saccucci, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 319.

Margherita Salvadori, *Gli accordi di scelta del foro nello spazio giudiziario europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. VII-144.

Eduardo Savarese, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. X-357.

Antonio Spagnolo, Stefano Saluzzo (a cura di), *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento*, Milano, Ledizioni, 2017, pp. 416.

Fabio Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XIII-314.

Elisa Tino, *Non-governmental Interests in International Regional Organizations*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2018, pp. XIII-242.

Ennio Triggiani, Anna Maria Nico, Maria Grazia Nacci (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, Bari, Cacucci, 2018, pp. 151.

Lauso Zagato, Laura Candioto, *Il genocidio. Declinazioni e risposte di inizio secolo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XXII-418.

Indice degli autori



Giandonato CAGGIANO
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Massimo PANEBIANCO
ordinario f.r. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Antonella ANTONUCCI
ordinario di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Lina PANELLA
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Messina

Michele VELLANO
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università della Valle d'Aosta

Susanna CAFARO
associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università del Salento

Giuseppina PIZZOLANTE
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Pieralberto MENGOZZI
docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Giovanni GUIGLIA
associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Verona

Gaia CALAFIORE
assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Ginevra GRECO
assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bergamo

Alessandro ROSANÒ
assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Torino

Cristina GRIECO

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Macerata e dell'Universität zu Köln

Federica POLEGRI

dottoranda in Diritto pubblico, comparato e internazionale nell'Università degli Studi di Roma La Sapienza



Indice del Volume XIII (2018)

ARTICOLI

Adelina ADINOLFI La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica	29
Antonella ANTONUCCI Gli “aiuti di Stato” al settore bancario: le regole d’azione della regia della Commissione	587
Amedeo ARENA Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea	317
Maria Caterina BARUFFI When Italy crosses the UK: An Overview of the Application of Brussels IIa Regulation in the Italian Legal Order	41
Elisabetta BERGAMINI Avvocati e disciplina della professione nel diritto dell’Unione europea: il caso italiano	299
Concetta BRESCIA MORRA The Administrative Review of Decisions of the ECB in the Supervisory Field	63
Susanna CAFARO Il ruolo dei cittadini nella formula democratica dell’Unione europea	639
Giandonato CAGGIANO La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali	9
Giandonato CAGGIANO Il processo decisionale dell’Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la “questione europea dell’immigrazione”?	553
Francesco CHERUBINI The Principle of Equality among Member States of an International Organisation and Its Exceptions: The Peculiar Case of the European Union	79
Patrizia DE PASQUALE Verso la refusione del regolamento “Dublino III”	267
Caterina FRATEA Aiuti di Stato illegali o incompatibili ed effettività della tutela risarcitoria: osservazioni tra diritto dell’Unione europea e giurisprudenza nazionale	117
Alessandra MIGNOLLI Corte di giustizia e misure restrittive individuali tra ampliamento della giurisdizione e <i>self-restraint</i>	279
Loredana MURA La tutela dei rapporti familiari del minore <i>ex art. 8 CEDU</i> e la sua attuazione nell’ordinamento italiano	341

Annamaria NICO, Giovanni LUCHENA Lo Stato sociale <i>sub condicione</i> quale esito delle politiche finanziarie: le “raccomandazioni” europee per l’inclusione	249
Massimo PANEBIANCO L’Europa nel diritto internazionale antico	577
Lina PANELLA L’evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di immigrazione e la posizione della Corte di giustizia dell’Unione europea	599
Giuseppe PASCALE “Esternalizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell’Italia e dell’UE per complicità nelle <i>gross violations</i> dei diritti umani commesse in Libia	413
Giuseppina PIZZOLANTE L’istituto islamico dell’ <i>hawala</i> e il riciclaggio di denaro: le nuove sfide per la legislazione finanziaria dell’Unione europea	653
Nicola RUCCIA How “Unconventional” is the Single Resolution Board in the Framework of Union Agencies?	137
Gianpaolo Maria RUOTOLO I dati non personali: l’emersione dei <i>big data</i> nel diritto dell’Unione europea	97
Pierluigi SIMONE Mancato riconoscimento del genocidio armeno e negoziato di adesione della Turchia all’Unione europea	365
Michele VELLANO Le strategie macroregionali dell’Unione europea: profili giuridici	625
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
NOTE E COMMENTI	
Ilaria ANRÒ Tardiva trasposizione della direttiva 2004/80 e responsabilità dello Stato: nuove pronunce e nuovi interventi del legislatore	463
Gabriele ASTA The <i>Chowdury</i> case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking	195
Gaia CALAFIORE Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo <i>versus</i> giudicato penale: il <i>discrimen</i> fra violazioni procedurali e sostanziali	715

Giovanni CELLAMARE	
Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i>	153
Valeria DI COMITE	
Ricongiungimento familiare e diritto di soggiorno dei familiari di cittadini dell'Unione alla luce del superiore interesse del minore	165
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
Caterina FRATEA	
La portata delle direttive in pendenza del termine di recepimento: riflessioni a margine della sentenza <i>Casertana Costruzioni</i>	481
Ginevra GRECO	
Il diritto europeo dello sport, tra specificità, rilevanza economica e motivi imperativi di interesse generale	737
Cristina GRIECO	
La circolazione di diritti reali immobiliari all'interno dell'Unione europea in caso di contrasto tra <i>lex successionis</i> e <i>lex rei sitae</i>	781
Giovanni GUIGLIA	
Considerazioni sulle relazioni e le sinergie tra il diritto dell'Unione europea e la Carta sociale europea	691
Simone MARINAI	
EU, Climate Change and Arctic Security Matters	179
Pieralberto MENGOZZI	
Norme costituzionali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un'incomprensione temporanea tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia?	675
Davide PIANCONE	
I provvedimenti intra-europei di istruzione preventiva alla luce del regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo	213
Federica POLEGRI	
Il principio del sindacato accentrato della Consulta in caso di contrasto tra diritto nazionale e Carta di Nizza: considerazioni sulla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale	803
Concetta Maria PONTECORVO	
Recent Developments in the Implementation and Enforcement of the EU Timber Regulation: Signals of an Emerging "Due Diligence Jurisprudence"?	443
Alessandro ROSANÒ	
La migliore offerta, ovvero il principio del <i>ne bis in idem</i> tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno	763

Silvia SCARPA
La politica artica dell'Unione europea e lo *status* di osservatore *de facto* nel
Consiglio artico 223

Annita Larissa SCIACOVELLI
Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali 499

RECENSIONI

Emanuele CIMIOTTA, *L'uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali*, Jovene, Napoli, 2018 (I. Ingravallo) 823

Giuseppe PASCALE, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Jovene, Napoli, 2017 (I. Ingravallo) 825

Luca PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Aalphen aan den Rijn, Kluwer, 2017 (R. Mastroianni) 535

Libri ricevuti 233, 537, 827

Indice degli autori 235, 539, 831



Index of Volume XIII (2018)

ARTICLES

- Adelina ADINOLFI
The Role of the EU Charter of Fundamental Rights in National Case-law:
Some Thoughts for a Tentative Systematic Assessment 29
- Antonella ANTONUCCI
Banking “State Aid”: Commission Directing Action Rules 587
- Amedeo ARENA
On the “Absolute” Character of the Primacy of European Union Law 317
- Maria Caterina BARUFFI
When Italy Crosses the UK: An Overview of the Application of Brussels IIa
Regulation in the Italian Legal Order 41
- Elisabetta BERGAMINI
Lawyers and Professional Regulations in European Union Law: The Case
of Italy 299
- Concetta BRESCIA MORRA
The Administrative Review of Decisions of the ECB in the Supervisory Field 63
- Susanna CAFARO
The Role of Citizens in the Democratic Formula of the European Union 639
- Giandonato CAGGIANO
The Court of Justice Consolidates Its Constitutional Role in the fField of
Personal Data 9
- Giandonato CAGGIANO
The EU Decision-making Process in the Face of Growing Eurosceptic-
sovereignism. Return to Intergovernmental Method for the “European Im-
migration Issues”? 553
- Francesco CHERUBINI
The Principle of Equality among Member States of an International Organ-
isation and Its Exceptions: The Peculiar Case of the European Union 79
- Patrizia DE PASQUALE
Towards the Reform of Dublin III Regulation 267
- Caterina FRATEA
Incompatible or Unlawful State Aids and Effectiveness of Damage Com-
pensation: Some Considerations between European Union Law and Na-
tional Case-law 117
- Alessandra MIGNOLLI
Court of Justice and Restrictive Measures against Individuals between Ex-
pansion of Jurisdiction and Self-restraint 279
- 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

Annamaria NICO, Giovanni LUCHENA The <i>sub condicione</i> Welfare State as a Result of Financial Policies: The European “Recommendations” for Inclusion	249
Massimo PANEBIANCO Europe through the Lens of Ancient International Law	577
Lina PANELLA The Evolution of European Court of Human Rights on Immigration and the Position of the Court of Justice of the European Union	599
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
Giuseppina PIZZOLANTE Islamic <i>Hawala</i> and Money Laundering: The New Challenges for the EU Financial Legislation	653
Nicola RUCCIA How “Unconventional” is the Single Resolution Board in the Framework of Union Agencies?	137
Gianpaolo Maria RUOTOLO Non-personal Data: The Surfacing of <i>Big Data</i> in European Union Law	97
Pierluigi SIMONE Non-recognition of the Armenian Genocide and Turkey’s Accession Negotiation to the European Union	365
Michele VELLANO Macro-Regional Strategies in the European Union: Legal Profiles	625
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
NOTES AND COMMENTS	
Ilaria ANRÒ Late Transposition of Directive 2004/80/ EC and Responsibility of the State: New Rulings and New Actions by the Legislator	463
Gabriele ASTA The <i>Chowdury</i> case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking	195
Gaia CALAFIORE The Execution of the European Court of Human Rights Judgments <i>versus</i> Criminal Judgment: The Difference between Procedural and Substantive Violations	715

Giovanni CELLAMARE Observations on the European Court of Human Rights Judgment in the Case <i>N.D. and N.T. v. Spain</i>	153
Valeria DI COMITE Family Reunification and the Right of Residence of Nationals of Third Countries Familiars of EU Citizens on the Light of the Best Interest of the Child	165
Federico FERRI The “Dublin III” Regulation between Migratory Crisis and Solidarity Defi- cit: Critical Remarks on the <i>Jafari</i> and <i>A.S.</i> Judgments	519
Caterina FRATEA The Scope of the Directives before Expiration of the Deadline for Their Transposition: Some Considerations Related to the <i>Casertana Costruzioni</i> Judgment	481
Ginevra GRECO European Sports Law, between Specificity, Economic Relevance and Over- riding Reasons of General Interest	737
Cristina GRIECO The Movements of Rights <i>in rem</i> in Immovable Property across the EU in Case of Contrast between the <i>lex successionis</i> and the <i>lex rei sitae</i>	781
Giovanni GUIGLIA Reflections on the Relationships and Synergies between the European Union Law and the European Social Charter	691
Simone MARINAI EU, Climate Change and Arctic Security Matters	179
Pieralberto MENGOZZI Constitutional Rules and EU Charter of Fundamental Rights: A Temporary Misunderstanding between the Italian Constitutional Court and the Court of Justice?	675
Davide PIANCONE Taking of Evidence and the intra-European Provisional Measures in Light of the Novelties Introduced by Regulation (EU) No. 1215/2012 on the Free Movement of Judgments in the European Judicial Area	213
Federica POLEGRI The Centralized Model of Constitutional Review in Case of Contrast be- tween National Law and the Charter of Nice: Considerations on the Judge- ment No. 269/2017 of the Italian Constitutional Court	803
Concetta Maria PONTECORVO Recent Developments in the Implementation and Enforcement of the EU Timber Regulation: Signals of an Emerging “Due Diligence Jurisprudence”?	443
Alessandro ROSANÒ The Best Offer, or the <i>ne bis in idem</i> Principle between Market Abuse, the ECHR, EU Law and National Law	763

Silvia SCARPA The EU Arctic Policy and the Recognition of Its Observer <i>de facto status</i> in the Arctic Council	223
Annita Larissa SCIACOVELLI Unaccompanied Minors: Critical Issues and New Jurisprudential Approaches	499
BOOK REVIEWS	
Emanuele CIMIOTTA, <i>L'uso della forza nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e sub-regionali</i> , Jovene, Napoli, 2018 (I. Ingravallo)	823
Giuseppe PASCALE, <i>La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano</i> , Jovene, Napoli, 2017 (I. Ingravallo)	825
Luca PRETE, <i>Infringement Proceedings in EU Law</i> , Aalphen aan den Rijn, Kluwer, 2017 (R. Mastroianni)	535
Books received	233, 537, 827
Lists of contributors	235, 539, 831



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 <i>(se diverso)</i>	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ITALIA		ESTERO		
ABBONAMENTI	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 Caccuci 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.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.
30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.

ISBN 978-88-6611-746-9



9 788866 117469



€ 28,00