

Studi sull'integrazione europea

numero 1 • 2021 | anno XVI



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo

Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione

NON SOLO LIBRI

dvd, video, periodici, documenti, archivi sui temi giuridico-economici, quali: pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche. Altre Sezioni: Cultura dell' Ambiente, Genere, Archivio storico documentale (in collaborazione con l'Ipsaic), Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale, Identità pugliese, Edizioni di Pregio, Medicina di Genere, Scienze Sociali e Biblioteconomia

SPAZI

per studiare o consultare libri, riviste, quotidiani, dvd e banche dati,
per socializzare e condividere

CORSI

sull'uso delle risorse bibliografiche per le tue ricerche e tesine

INTERNET

wifi per il proprio Pc o tablet, computer disponibili nelle sale

PRESTITO E PRESTITO INTERBIBLIOTECARIO

Puoi portare a casa i libri per leggerli con tranquillità oppure richiederci un libro che si trova presso un'altra biblioteca

Vieni a trovarci e scopri le opportunità che la biblioteca ti offre

dal lunedì al venerdì dalle 9 alle 18 (nel periodo estivo fino alle 19.30)
il primo sabato del mese dalle 9 alle 13

Tutti i servizi sono gratuiti

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it

via Giovanni Gentile, 52 – 70126 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo

Instagram [@consiglio.regionale.puglia](https://www.instagram.com/consiglio.regionale.puglia) [@teca_del_mediterraneo](https://www.instagram.com/teca_del_mediterraneo)

Studi sull'integrazione europea

numero 1 • 2021 | anno XVI

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Marta Cartabia, Gianluca Contaldi, Carlo Curti Gialdino, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Angela Di Stasi, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Bruno Nascimbene, Lina Panella, Ornella Porchia, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Silvana Sciarra, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghi

Comitato di redazione: Ivan Ingravallo (coordinatore), Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Ilaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Gianpaolo Maria Ruotolo, Roberto Virzo

Revisione abstracts a cura di Denise Milizia

Comitato dei referees: Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

Il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, Studi sull'integrazione europea è stata insignita del XXV Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica.

Direzione e Redazione: c/o Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – 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 in conformità del codice etico consultabile sul sito web della rivista: www.studisullintegrazioneeuropea.eu.

Studi sull'integrazione europea è indicizzata in banche dati giuridiche italiane e straniere.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2021 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
I vincoli di legittimità costituzionale, sovranazionale e internazionale quale garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri nell'ordinamento italiano 9
- Paolo FOIS
L'incompatibilità con i Trattati istitutivi di una auspicata riforma federalista dell'Eurozona 39
- Maurizio MARESCA
Obbligazioni degli Stati e delle istituzioni e leale cooperazione per l'attuazione dello Spazio Unico Europeo della Mobilità. Misure e riforme in occasione del Next Generation EU (NGEU) 49
- Pierre DE GIOIA CARABELLESE
Custody and Transfer of Cash and Securities in the EU Legal Order 75
- Teresa Maria MOSCHETTA
La *governance* europea per il clima e l'energia: un approccio "solidale" nel processo decisionale dell'UE 91
- Alfredo RIZZO
La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina 'EU4Health' 107

NOTE E COMMENTI

- Cristina Evanhelia PAPANIMITRIU
Lo "squeeze-out" e il fenomeno del *delisting* tra teoria e prassi 131
- Giuliano VOSA
Concessioni balneari a fini turistici: tocca al (solo) legislatore statale ricomporre il conflitto tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea 155
- Rosa Stella DE FAZIO
La riforma della PAC post 2020 ed il ruolo delle Regioni italiane nella fase "ascendente" del diritto dell'Unione europea: una prospettiva dalla Regione Puglia 173

RECENSIONI

Angela DI STASI (a cura di), <i>CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)</i> , Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2020, II ed. (U. Villani)	193
Riccardo PISILLO MAZZESCHI, <i>Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e Prassi</i> , Torino, Giappichelli, 2020 (A. Cannone)	198
Sara TONOLO, Giuseppe PASCALE (a cura di), <i>La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo</i> , Torino, Giappichelli, 2020 (U. Villani)	201
Roberto VIRZO, <i>La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020 (A. Cannone)	205
Giuliana LASCHI, <i>Storia dell'integrazione europea</i> , Milano, Le Monnier, 2021 (U. Villani-Lubelli)	207
Libri ricevuti	211
Indice degli autori	213

Summary



ARTICLES

- Giandonato CAGGIANO
The Constraints of Constitutional, Supranational and International Legitimacy as a Guarantee of the Fundamental Rights of Foreigners in the Italian Legal System 9
- Paolo FOIS
The Incompatibility with the EU Founding Treaties of a Desired Federalist Reform of the Eurozone 39
- Maurizio MARESCA
Loyal Cooperation and Member States and Institutions Obligations in implementing the European Single Space of Mobility. Measures and reforms based on Next Generation EU 49
- Pierre DE GIOIA CARABELLESE
Custody and Transfer of Cash and Securities in the EU Legal Order 75
- Teresa Maria MOSCHETTA
The European Governance for Climate and Energy: A ‘Solidarity’ Approach in the EU Decision-Making Process 91
- Alfredo RIZZO
The Pandemic Crisis and the New Supremacy of European Health Policy in the Light of the ‘EU4Health’ Regulation 107

NOTES AND COMMENTS

- Cristina Evangelhia PAPADIMITRIU
The Squeeze-out and the Phenomenon of Delisting between Theory and Practice 131
- Giuliano VOSA
Beach Concessions for Touristic Purposes: It Is for the National Legislator to Solve the Conflict between European Union Law and the Domestic Legal Order 155
- Rosa Stella DE FAZIO
Reform of the CAP post-2020 and the Role of the Italian Regions in the ‘Ascending’ Phase of EU Law: A Perspective from the Apulia Region 173

BOOK REVIEWS

Angela DI STASI (a cura di), <i>CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)</i> , Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2020, II ed. (U. Villani)	193
Riccardo PISILLO MAZZESCHI, <i>Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e Prassi</i> , Torino, Giappichelli, 2020 (A. Cannone)	198
Sara TONOLO, Giuseppe PASCALE (a cura di), <i>La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo</i> , Torino, Giappichelli, 2020 (U. Villani)	201
Roberto VIRZO, <i>La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020 (A. Cannone)	205
Giuliana LASCHI, <i>Storia dell'integrazione europea</i> , Milano, Le Monnier, 2021 (U. Villani-Lubelli)	207
Books received	211
List of contributors	213



Articoli

Giandonato Caggiano*

I vincoli di legittimità costituzionale, sovranazionale e internazionale quale garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Definizioni e oggetto del lavoro. – 2. Inquadramento dei vincoli di legittimità costituzionale, sovranazionale e internazionale nel sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali. – 3. Il richiamo ai vincoli in parola nella lettera del Presidente della Repubblica. – 4. La protezione umanitaria nella sentenza di rigetto n. 194/2019 della Corte costituzionale. La conseguente riforma del 2020. – 5. L'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale dal divieto all'abrogazione nella sentenza n. 186/2020 al ripristino nella riforma del 2020. – 6. Questioni di legittimità della legislazione italiana nei confronti della direttiva-accoglienza. – 7. Limiti di legittimità in materia di ricorsi giudiziari, di procedure accelerate/reiterate e di presunzione relativa di Paese di origine sicura. – 8. Limiti di legittimità delle procedure di frontiera introdotte nell'ordinamento italiano dalla riforma del 2018. – 9. Il trattenimento amministrativo, specie nelle zone di frontiera, nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU. – 10. I vincoli ad espulsione e allontanamento dello straniero in forza del principio di *non-refoulement*. – 11. I vincoli di diritto internazionale nell'indicazione del POS a seguito del salvataggio in mare. – 12. La politica dei porti chiusi e i ritardi negli sbarchi nella giurisprudenza sulle scriminanti, gli atti di ribellione a bordo di una nave contro il *refoulement*, la procedura di incriminazione per sequestro nei confronti del Ministro degli interni *pro-tempore*. – 13. Conclusioni.

1. I governi Conte I e II hanno introdotto consistenti modifiche legislative al Testo unico in materia di immigrazione e asilo¹. Le due riforme, adottate da maggioranze parlamentari solo parzialmente diverse, esprimono concezioni differenziate sulla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri (cittadini degli Stati terzi) nel bilanciamento con i vari interessi pubblici che sono coinvolti nella gestione dei flussi misti di migranti economici e richiedenti protezione internazionale.

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

¹ Nelle riforme del 2018 e 2020, la maggior parte delle modifiche riguardano l'ultraventennale Testo unico dell'immigrazione.

La riforma del Governo Conte I è intervenuta in due tempi (d'ora in poi: riforma del 2018): una prima legge riguardante vari aspetti, quali le condizioni della protezione umanitaria, l'accoglienza, le procedure²; una seconda legge dedicata alla regolamentazione dell'accesso ai porti italiani delle navi reduci da salvataggi in mare³. La riforma del Governo Conte II è intervenuta negli stessi ambiti, recuperando alcune tutele ma confermando, al contempo, alcune disposizioni restrittive (d'ora in poi: riforma del 2020)⁴. Entrambe le riforme sono state inserite nel contesto più generale delle misure per la sicurezza nazionale. Considerata la tendenza europea in tal senso (denominata *crimmigration*), non sorprende che la legislazione abbia la "copertina" della dimensione securitaria, anche quando si riferisce all'accoglienza e ai permessi di soggiorno. Certamente ha intenti di pura propaganda politica l'obiettivo di rendere meno percepibili gli aspetti della regolamentazione che riguardano diritti fondamentali, quali la solidarietà, l'integrazione e il rispetto della dignità delle persone. La convinzione prevalente nelle forze politiche di maggioranza è che la maggior parte dell'opinione pubblica ha scarso interesse (o è profondamente contraria) al riconoscimento dei diritti degli stranieri.

In questo lavoro, si intende evidenziare come, in base ai vincoli costituzionali, sovranazionali e internazionali, alcuni principi, diritti e situazioni giuridiche riguardanti lo straniero siano da considerare "standard di tutela inderogabili" da parte dal legislatore. Il rischio di una "deriva legislativa" nella riduzione degli standard di tutela è ridimensionato dal bilanciamento fra i poteri legislativo/esecutivo e quello giudiziario: si poggia su tale *check and balance* la legittimità democratica dell'ordinamento di uno Stato membro dell'Unione europea che è, a sua volta, una "Comunità di diritto".

Nel valutare l'effettiva incidenza delle modifiche legislative, appaiono rilevanti non soltanto il contenuto del testo e la volontà del legislatore ma anche l'orientamento giurisprudenziale sull'interpretazione dei vincoli di legittimità in parola. Al riguardo, la validità e il concreto significato delle modifiche legislative sono rimesse al giudizio della Corte costituzionale, della Corte di giustizia e dei giudici nazionali

² D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni in l. 1° dicembre 2018, n. 132. Per un commento, v. G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *Annali Aisdue*, 2020, p. 249 ss.

³ D.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni in l. 8 agosto 2019, n. 77. Per un commento, v. S. ZIRULIA *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019, reperibile *online*; P. BONETTI, *Misure urgenti per consentire il divieto di accesso ai porti e alle acque territoriali, per contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e per semplificare i soggiorni per breve periodo. Profili di illegittimità costituzionale. Le osservazioni del Presidente della Repubblica*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 3. A fronte di una prassi già incardinata dal Ministro Salvini di chiusura dei porti per le navi di salvataggio, il decreto-sicurezza *bis* è stato adottato l'8 agosto del 2019 (poco prima del voto di sfiducia al Governo Conte I) ed è rimasto in vigore per 15 mesi nell'amministrazione del Ministro degli interni Lamorgese del Governo Conte II, sino al 20 ottobre 2020, data della sua abrogazione.

⁴ D.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con alcune modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173. Fra i primi commenti v. C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, n. 1, reperibile *online*; M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto-legge n. 130/2020*, Pisa, 2021; nonché i numerosi contributi settoriali, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Adelante con juicio: asilo e protezione degli stranieri dopo il d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, n. 1, reperibile *online*.

che applicano le norme nella fattispecie concreta. In linea di principio, una volta evidenziati eventuali aspetti di illegittimità da parte delle Corti di garanzia o del giudice nazionale competente (che è sempre tenuto a trovare una soluzione interpretativa applicabile al caso di specie), il legislatore dovrebbe intervenire per correggere le antinomie o colmare “i vuoti” creati da eventuali dichiarazioni di incostituzionalità, tramite modifiche o integrazioni legislative conformi. Non sempre ciò accade, perché il legislatore “si dimentica” o si rifiuta di farlo.

Come si vedrà in questo lavoro, molte delle questioni di legittimità relative a singoli aspetti della riforma del 2018 sono state messe in evidenza dagli organi di garanzia del nostro sistema giuridico e, poi, parzialmente colmate dalla riforma del 2020. Ci si riferisce, in particolare, alle criticità evidenziate nelle due sentenze della Corte costituzionale (n. 194 del 2019 e n. 186 del 2020); oltre che a quelle antinomie fra legislazione ordinaria e vincoli di legittimità sovranazionale, che hanno portato i giudici a disapplicare le nuove disposizioni per contrasto con il diritto dell’Unione.

Nella prospettiva indicata dei limiti di legittimità, il presente lavoro intende analizzare gli aspetti più rilevanti delle due riforme, rinviando per approfondimenti alle osservazioni delle associazioni per l’immigrazione e alle riviste specialistiche. Considerata la prospettiva prescelta, non potrebbe essere svolta in questa sede una più dettagliata analisi della legislazione italiana e della giurisprudenza nazionale⁵.

2. Prima di affrontare la definizione dei vincoli di legittimità costituzionale, sovranazionale e internazionale in materia di immigrazione e asilo, appare utile collocare la questione nel quadro generale della tutela dei diritti fondamentali. Allo stato attuale, l’esistenza di fonti normative diverse (e la pluralità di interpreti) richiede il mantenimento di un complesso equilibrio, nonché il coordinamento fra priorità e ambiti di applicazione al fine di evitare sovrapposizioni e di massimizzare le tutele.

Com’è noto, il funzionamento del sistema europeo di tutela multilivello dei diritti fondamentali è basato sull’interazione fra vari atti primari o fondamentali (Costituzione, Carta dei diritti fondamentali dell’UE, CEDU)⁶. Tale sistema ha “natura costituzionale in senso lato” per l’impatto sulla legislazione degli Stati membri e sugli attori istituzionali, specie sui giudici nazionali. Secondo la Corte di giustizia, uno standard costituzionale più elevato di tutela dei diritti fondamentali di uno Stato membro può applicarsi solo in mancanza di una norma di armonizzazione e a condizione che non pregiudichi il primato e l’efficacia del diritto dell’Unione⁷. Ulteriori caratteristiche del coordinamento riguardano l’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali solo nelle materie di “attuazione del diritto dell’Unione”⁸.

⁵ Il riferimento va all’ASGI, all’ECRE, all’Agenzia dei diritti umani (FRA), nonché alle Riviste *Diritto, immigrazione e cittadinanza* e *Questione giustizia* (e alla loro comune rubrica *Diritto senza confini*) nonché alle numerose riviste di diritto costituzionale e penale che ospitano contributi sulla materia.

⁶ Per un inquadramento della questione, v. da ultimo, B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus*, 2020, p. 277 ss., reperibile online.

⁷ La Corte di giustizia, nell’interpretare tale norma, ha però specificato che ove vi sia stata un’armonizzazione dell’Unione, il livello di tutela deve essere quello ivi stabilito: v. sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

⁸ N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; Id., *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull’indipendenza dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Tem*

Inoltre, il significato e la portata dei diritti enunciati nella Carta sono uguali a quelli conferiti dai corrispondenti diritti della CEDU, salvo una eventuale protezione più estesa da parte del diritto dell'Unione (art. 52, par. 3)⁹. Infine, in caso di una pluralità di fonti rilevanti per il medesimo diritto, si applica il criterio dello standard più favorevole dal momento che la Carta non può determinare una riduzione del livello di tutela garantito (art. 53). Nell'ordinamento italiano, l'art. 117, co. 1, della Costituzione richiama "(...) i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", norma che ha specifica incidenza sulla attuazione della CEDU¹⁰ sulla base della giurisprudenza della Corte EDU ("il diritto vivente").

Il controllo di legittimità è esercitato dalla Corte costituzionale sulla legittimità costituzionale delle leggi (art. 134 Cost.) e sulla conformità al diritto internazionale generale e convenzionale (articoli 10 e 117, co. 1, Cost.); dal giudice nazionale sulla compatibilità con il diritto dell'Unione (art. 11 Cost.) tramite disapplicazione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; e da quest'ultima in sede di procedura di infrazione. Al riguardo, in caso di un diritto protetto sia dalla Carta dei diritti fondamentali sia dalla Costituzione italiana, il potenziale contrasto fra i percorsi giudiziari da seguire sembra ora risolto nel senso che il giudice può/deve disapplicare la norma interna contrastante, se lo ritiene necessario, rivolgendosi tramite rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia o tramite ricorso alla Corte costituzionale¹¹.

L'inquadramento dei diritti fondamentali nel sistema multilivello consente di affrontare con più chiarezza il contesto specifico dell'immigrazione e asilo. Secondo la CEDU, gli Stati hanno il potere di controllare i propri confini e regolamentare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri sul proprio territorio. La discrezionalità deve però essere esercitata conformemente agli obblighi costituzionali, internazionali e sovranazionali¹².

Per quanto riguarda i vincoli costituzionali relativi allo straniero, occorre ricordare che, nella sua consolidata giurisprudenza, la Corte costituzionale ha ricono-

questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci, Bari, 2019, p. 171 ss. In relazione alla giurisprudenza interna, v. A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 29 ss.

⁹ Da ultimo, I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *federalismi.it*, 2020, n. 19, reperibile online; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta online*, 2 novembre 2020, reperibile online.

¹⁰ La "copertura costituzionale" attribuisce alla norma internazionale valore di "norma interposta" e di parametro di legittimità in un giudizio costituzionale.

¹¹ A partire dalla sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale su cui è impossibile citare la vasta bibliografia. Per un'idea, v. il sito *Consulta Online* che offre i link a quaranta commenti di dottrina. Sulle sentenze *Taricco I e II*, v. C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018, p. 377 ss.; ID., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1. Da ultimo, v. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, p. 493 ss.

¹² Sul controllo da parte dello Stato contraente dell'ingresso dei richiedenti asilo, v. l'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU. Nel diritto dell'Unione, lo Stato membro ha competenza esclusiva sull'ammissione di stranieri per motivi di lavoro (art. 79, par. 5, TFUE) mentre gli Stati membri (e gli altri Stati contraenti della Convenzione di Ginevra del 1951) sono tenuti, in presenza dei necessari presupposti, a riconoscere su domanda dell'interessato lo *status* di rifugiato e quello di beneficiario di protezione sussidiaria.

sciuto un ampio patrimonio di diritti fondamentali. In particolare, ha statuito: “se è vero che l’art. 3 [Cost.] si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali” dal momento che tale disposizione deve essere interpretata in connessione con gli articoli 2 e 10 della Costituzione¹³.

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui si collocano le politiche di immigrazione e asilo, deve essere realizzato nel rispetto dei diritti fondamentali (art. 67, par. 1, TFUE). Anche se l’Unione non ha aderito alla CEDU, i diritti ivi garantiti “fanno parte integrante del diritto dell’Unione in quanto principi generali” (art. 6, par. 3, TUE)¹⁴. La Carta dei diritti fondamentali richiama la CEDU, le tradizioni costituzionali comuni, gli obblighi internazionali degli Stati; nonché i valori comuni cui l’Unione si ispira e che la Carta realizza, che pongono la persona “al centro della sua azione”. Anche la Carta dei diritti contiene una prima norma sul diritto di asilo, garantito dalla Convenzione di Ginevra, dal Protocollo, dalle norme del TFUE (art. 18); una seconda sulla protezione in caso di allontanamento, espulsione, estradizione (art. 19)¹⁵.

In materia, il diritto derivato dell’Unione europea contempla un’ampia e articolata regolamentazione dell’immigrazione e asilo. Al riguardo, il ruolo attivo dei giudici nazionali si manifesta anche tramite l’aumento esponenziale dei rinvii di interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia nella materia in esame¹⁶. In quest’ambito, le direttive di armonizzazione minimale lasciano un certo livello di discrezionalità agli Stati membri negli aspetti della materia non-armonizzati o parzialmente armonizzati¹⁷. Il godimento dei diritti fondamentali degli stranieri può essere oggetto del bilanciamento con altri interessi e diritti di pari rilievo, salvo il limite assoluto della dignità umana. Al riguardo, la Corte di giustizia ha affermato più volte che il divieto imposto sulla proibizione di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 4 della Carta dei diritti fondamentali) ha carattere generale ed

¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 1967. Nell’ampia bibliografia, v. M. CARTABIA, *Gli “immigrati” nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, p. 1 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 41 ss.; L. MONTANARI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *federalismi.it*, 2019, n. 2, p. 63 ss.; A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato, Italia*, Servizio Ricerca del Parlamento europeo-EPRS, ottobre 2020, reperibile online.

¹⁴ B. NASCIMBENE, *La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, p. 267 ss.

¹⁵ V. A. ADINOLFI, *Art. 18 e Art. 19*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2014, II ed., pp. 1714 ss. e 1717 s.; P. DE PASQUALE, *Art. 18*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, p. 350 ss.; B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Art. 19*, *ivi*, p. 369 ss.

¹⁶ Per un elenco delle sentenze in corrispondenza degli atti dell’Unione in materia di protezione internazionale, cfr. *Newsletter on European Asylum Issues - NEAIS*, 2020, n. 4, reperibile online.

¹⁷ Anche la disciplina del regolamento Dublino è solo parzialmente uniforme perché lascia molto spazio alla cooperazione bilaterale fra gli Stati membri, in forza dell’inalterata struttura derivante dal diritto internazionale (Convenzione di Dublino del 1990).

assoluto¹⁸. Inoltre, gli stessi Stati membri possono presentare specifiche carenze sistematiche e generalizzate (o che colpiscono gruppi determinati di persone) con livelli di gravità tali da rappresentare un trattamento degradante.

Tra i limiti invocati più frequentemente dagli Stati membri all'attuazione dei diritti fondamentali previsti nel diritto dell'Unione rientrano l'ordine pubblico e la sicurezza interna. Persino come motivo di esclusione dallo *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria¹⁹, laddove esistano fondati motivi per ritenere che costituisca un pericolo (direttiva-qualifiche)²⁰. Tale deroga deve comunque essere interpretata secondo il principio di proporzionalità. Anche nella sentenza sull'inadempimento dell'obbligo di ricollocazione dei richiedenti asilo da parte di tre Stati membri, la Corte di giustizia ha affermato che è in ogni caso necessario un esame individuale della pericolosità dei singoli²¹.

Nell'ambito dell'asilo, del rimpatrio e delle frontiere esterne, le proposte del pacchetto-asilo del 2016 e quelle del Patto sull'immigrazione e asilo del 2020 tendono a ridurre drasticamente i diritti fondamentali dei cittadini degli Stati terzi²².

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, punto 85. Per un'analisi della sentenza in materia di mandato d'arresto europeo, v. G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldăru*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675 ss.; P. PUSTORINO, E. FRONZA, *Art. 4*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 76 ss. Sugli sviluppi, v. L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *Eurojus*, 2020, p. 107 ss.

¹⁹ Tra le tante, v. sentenze della Corte di giustizia del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84; del 2 maggio 2018, cause riunite C-331 e 366/16, *K. e H.F.*, ECLI:EU:C:2018:296 punto 40. Peraltro, l'esigenza di ordine pubblico e sicurezza nazionale "non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione": v. sentenza della Corte (Terza Sezione) dell'11 giugno 2015, causa C-554/13, *Z. Zh.*, ECLI:EU:C:2015:377. In argomento, v. A. ADINOLFI, *Art. 72*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 468 ss.; F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in *Annali Aisdue*, 2020, p. 117 ss.

²⁰ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

²¹ V. sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, ECLI:EU:C:2020:257. Secondo la Corte, anche se alle autorità competenti degli Stati membri va riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nella ricollocazione dei richiedenti asilo, l'art. 72 TFUE sulla loro competenza in materia di ordine pubblico non è applicabile ai soli fini di prevenzione generale. A giustificazione di una sospensione o cessazione degli obblighi derivanti dalle decisioni di ricollocazione dell'Unione, occorre una dimostrazione del rapporto diretto con il caso individuale.

²² Il Patto è un insieme di proposte della Commissione europea, sottoposte ai co-legislatori, insieme ad una comunicazione sulle linee strategiche e di indirizzo, ivi compreso un cronoprogramma: v. la comunicazione del 23 settembre 2020, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020)609 final. Tra i numerosi commenti, v. P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, 2020, Focus *La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, n. 1, 5 ottobre 2020, reperibile online; A. DI PASCALE, *Il nuovo Patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, 28 settembre 2020, reperibile online; D. THYM, *European realpolitik: legislative uncertainties and operational pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 settembre 2020, reperibile online. Sulle singole proposte, v. vari contributi tematici in *eumigrationlawblog.eu* e *I Post di AISDUE*, 2020, Focus *La proposta di Patto su immigrazione e asilo*.

Soprattutto la materia delle frontiere esterne sembra essere stata ormai “occupata” dalla legislazione dell’Unione nell’esercizio della competenza concorrente in Area Schengen²³. Di crescente impatto sui diritti fondamentali e sul diritto alla non discriminazione, anche la regolamentazione dell’Unione sui sistemi informatici e la loro interoperabilità nei confronti dei cittadini degli Stati terzi²⁴.

Infine, sui vincoli della legislazione italiana rispetto al diritto internazionale, tra gli aspetti più complessi da esaminare vi sono le questioni del *non-refoulement* e degli sbarchi dei naufraghi nei porti a seguito di salvataggio in mare. Al riguardo, si indicherà la giurisprudenza italiana sui vari aspetti della responsabilità dei comandanti delle navi e sulle decisioni delle autorità per gli sbarchi dei naufraghi, in relazione alla loro natura di atti politici o amministrativi.

3. Com’è noto, in fase di promulgazione, il Capo di Stato può rinviare il testo di una legge alle Camere, accompagnato da un messaggio contenente i rilievi di incostituzionalità, mentre è obbligato a promulgarla se le Camere lo riapprovano (art. 74 Cost.). Oltre all’esercizio di tale potere, il Capo di Stato può nella prassi inviare al Presidente del Consiglio e alle Camere un messaggio contenente alcune indicazioni di criticità che ritiene meritevoli di attenta considerazione.

In tal senso, il Presidente Mattarella ha promulgato il testo del d.l. n. 113/2018 (*decreto-sicurezza I*), accompagnandolo con una lettera, in cui ha sottolineato la necessità di rispettare “gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall’articolo 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall’Italia”²⁵. Pur non formalizzando espliciti rilievi di incostituzionalità, il Presidente ha ricordato i vincoli in parola, manifestando soprattutto la sua riserva sulla abrogazione dell’istituto della protezione umanitaria. In modo del tutto evidente, la lettera del Presidente nulla aggiunge alla forza giuridica delle norme di diritto internazionale e sovranazionale che il legislatore in ogni caso è tenuto a rispettare in base alla “copertura costituzionale” derivante dagli articoli 10, 11 e 117, co. 1, Cost.

Anche in occasione della promulgazione del d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (*decreto sicurezza II*), il Presidente della Repubblica ha inviato analogo messaggio, in cui sottolineava che la limitazione o il divieto di ingresso potessero essere disposti “nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia”, mentre “il comandante della nave

²³ Sulla gestione delle frontiere esterne dell’Unione, v. G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383. Si veda il rapporto predisposto dall’Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA), *Migration: fundamental rights issues at land borders*, dicembre 2020, reperibile *online*.

²⁴ Regolamento (UE) 2017/458 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda il rafforzamento delle verifiche nelle banche dati pertinenti alle frontiere esterne. Sulla filosofia dei controlli e sugli effetti delle banche dati per l’immigrazione, v. G. CAGGIANO, *L’interoperabilità fra le banche-dati dell’Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 1, p. 170 ss., reperibile *online*; S. MARINAI, *Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo*, in *I Post di AISDUE*, 2020, Focus *La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, 11 dicembre 2020, reperibile *online*.

²⁵ Il testo della lettera può rinvenirsi a questo indirizzo: www.quirinale.it/elementi/18099. In argomento, v. G. AZZARITI, *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, 2019, p. 639 ss.

è tenuto ad osservare la normativa internazionale”. La lettera del Presidente ricordava come la Convenzione di Montego Bay prescriba che: “(...) ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l’equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo”. In relazione alle sanzioni sul divieto di ingresso nelle acque territoriali, per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione delle norme sull’immigrazione, il Presidente segnalava che “non è stato introdotto alcun criterio di distinzione quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente attuata, alle ragioni della presenza di persone accolte a bordo e trasportate. (...) Non appare ragionevole – ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e della certezza del diritto – fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo la valutazione di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità”²⁶.

Come si vedrà, la Corte costituzionale trae spunto diretto da tali affermazioni, ricordando il ruolo delle istituzioni di garanzia nell’ordinamento italiano nell’ambito del meccanismo di *check and balance*, finalizzato all’equilibrio tra i poteri pubblici in un sistema giuridico improntato allo Stato di diritto.

4. Per valutare il significato giuridico dei vincoli di legittimità derivanti da obblighi costituzionali, sovranazionali e internazionali, conviene partire dall’abrogazione dei permessi per protezione umanitaria nella riforma del 2018.

La giurisprudenza di legittimità e quella di merito hanno foggato, nel tempo, l’istituto della protezione umanitaria. Nella sentenza n. 194/2019, che pure rigetta il ricorso di cinque Regioni nei confronti di una competenza esclusiva dello Stato, la Corte costituzionale evidenzia come “l’effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere valutata solo in fase applicativa, nell’ambito della prassi amministrativa e giurisprudenziale che andrà formandosi, in relazione alle esigenze dei casi concreti e alle singole fattispecie che via via si presenteranno. (...)”; l’interpretazione e l’applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali”. Pertanto, la Corte afferma: “(...) la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili”. Secondo la Corte, i rischi di incostituzionalità delle modifiche legislative si riducono per effetto dei vincoli in parola che guidano l’interpretazione del giudice²⁷.

Il rispetto dei valori costituzionali e degli obblighi internazionali dell’Italia dovrebbero rappresentare i parametri dell’attività del legislatore. L’eliminazione della fattispecie della protezione umanitaria a contenuto generale non elimina le esigenze di tutela a carattere umanitario garantite dai relativi obblighi costituzionali e internazionali. Se l’obiettivo del legislatore era cancellare una fattispecie dai “contorni incerti”, la Corte costituzionale afferma che tale pretesa non è legittima in

²⁶ Il testo della lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri, può rinvenirsi a questo indirizzo: www.quirinale.it/elementi/32100.

²⁷ Per una ricostruzione in tal senso, v. F. MANGANO, *L’interpretazione dei giudici nella disciplina dei permessi di soggiorno per motivi umanitari*, in *Questione giustizia*, 19 dicembre 2019, reperibile online.

quanto spetta comunque al giudice la verifica dell'impatto dei vincoli costituzionali e internazionali. In altri termini, la giurisprudenza valuta le modifiche legislative nel quadro dei principi costituzionali e degli obblighi internazionali, attribuendole il preciso significato nel caso concreto. Pertanto, tale interpretazione rappresenta un criterio dirimente del giudizio di costituzionalità.

La sentenza n. 194/2019 si inserisce nel solco di numerose decisioni che escludono la legittimità costituzionale di disposizioni legislative contenenti presunzioni o automatismi applicativi (tramite clausole chiuse o di tipizzazione) idonee ad impedire una applicazione giurisprudenziale aderente al caso concreto. La Corte costituzionale, nel riconoscere al legislatore la competenza a disciplinare le forme concrete di tutela dei diritti, richiama, al contempo, l'esistenza di un catalogo aperto di valori e di diritti indivisibili che appartengono alla persona in quanto tale. Pertanto, l'elencazione da parte del legislatore di fattispecie tipiche di "permessi di soggiorno speciali" può rivestire solo carattere esemplificativo, lasciando al giudice la valutazione delle situazioni concrete di vulnerabilità dei richiedenti asilo nell'ambito del diritto di asilo costituzionale. La Corte ribadisce il ruolo determinante dei giudici, in riferimento all'"interpretazione adeguatrice" (obbligo di interpretazione della legge ordinaria in modo "conforme a Costituzione"), nonché agli obblighi internazionali e di appartenenza all'Unione che operano quale filtro di legittimità della legislazione nazionale.

A seguito della sentenza in parola, la riforma del 2020 recupera gran parte del contenuto della "protezione umanitaria", tramite la nuova formulazione dei permessi di protezione speciale, che hanno l'innovativa caratteristica della convertibilità in permessi di lavoro. Se l'istituto della protezione umanitaria (in quanto tale) non viene reintrodotta, il permesso biennale di soggiorno viene concesso a stranieri che dimostrino l'esistenza di gravi motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano²⁸.

La medesima riforma amplia, altresì, la protezione speciale in relazione al rispetto della vita privata e familiare. La disciplina appare più chiara della precedente fattispecie di "protezione umanitaria per integrazione sociale" di origine giurisprudenziale²⁹. Quest'ultima ha imposto all'autorità che procede al relativo riconoscimento (commissione territoriale o giudice) l'obbligo di effettuare una comparazione tra la situazione di integrazione sociale raggiunta dal richiedente in Italia

²⁸ Si aggiunge ad un'ampia tipologia di permessi (calamità, per residenza elettiva, per acquisto della cittadinanza, per attività sportiva, per lavoro artistico, per motivi religiosi, per assistenza dei minori e per cure mediche).

²⁹ Il permesso di soggiorno umanitario per integrazione sociale era stato creato dalla giurisprudenza e dalla prassi delle commissioni territoriali e delle questure, sulla base normativa della protezione umanitaria in generale (art. 5, co. 6, TUI) ma la sua sistemazione finale si deve alla Corte di cassazione, secondo cui l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel Paese di accoglienza, senza che abbia rilievo l'esame del livello di integrazione raggiunto in Italia, isolatamente ed astrattamente considerato (Sez. I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455, orientamento confermato dalla decisione delle SS.UU. del 13 novembre 2019, n. 29459). Per un commento, v. C. FAVILLI *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione giustizia*, 14 marzo 2018; E. CASTRONUOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, n. 3, entrambi reperibili online.

e la condizione di grave privazione dei diritti fondamentali, cui sarebbe esposto in caso di rimpatrio.

5. Nel quadro dei vincoli costituzionali si colloca la vicenda del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale nella riforma del 2018. Il permesso di soggiorno per richiesta-asilo era considerato un documento di riconoscimento, inidoneo all'iscrizione anagrafica³⁰. Secondo il legislatore, il Centro di accoglienza non poteva costituire un luogo di dimora abituale del richiedente asilo ai fini dell'iscrizione anagrafica mentre ai fini dell'accesso ai servizi era sufficiente il domicilio. Tale prescrizione era apparsa subito idonea a garantire l'accesso ad alcuni servizi territoriali ed ai diritti sociali, comportando in ogni caso un aggravio di difficoltà³¹.

La sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale³² ha dichiarato incostituzionale il divieto di iscrizione anagrafica³³, in quanto viola la pari dignità sociale dello straniero garantita dalla Costituzione (art. 3 Cost). La Corte afferma la supremazia dei diritti fondamentali e degli obblighi internazionali a cui l'Italia è vincolata, rispetto alle esigenze di gestione dei flussi migratori: "(...) per la portata e per le conseguenze anche in termini di stigma sociale dell'esclusione operata con la norma oggetto del giudizio – di cui è non solo simbolica espressione l'impossibilità di ottenere la carta d'identità – la prospettata lesione dell'art. 3, 1 co., Cost. assume in questo contesto, al di là della stessa violazione del principio di eguaglianza, la specifica valenza di lesione della connessa pari dignità sociale".

Al contempo, il divieto è giudicato irragionevole rispetto ai fini dichiarati dallo stesso atto legislativo, in quanto riduce le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sui richiedenti asilo, a detrimento del conseguimento del proclamato obiettivo dell'aumento del livello di sicurezza pubblica³⁴. La Corte ha anche evidenziato come fosse insussistente il presupposto (indicato come giustificazione

³⁰ Nel suo testo originario, il d.lgs. n. 142/2015 si limitava a qualificare espressamente, all'art. 5, co. 3, le strutture ospitanti come "dimora abituale ai fini dell'iscrizione anagrafica". Per approfondimenti, v. D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in *Questione giustizia*, 8 gennaio 2019; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Vecchi e nuovi problemi riguardanti la residenza anagrafica nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo*, *ivi*, 16 gennaio 2019.

³¹ Due diversi orientamenti della norma si sono subito manifestati nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza dei giudici di merito chiamati a pronunciarsi. Alcuni giudici rigettavano i ricorsi; altri proponevano un'interpretazione conforme; altri ancora sollevavano questione di legittimità costituzionale (articoli 2, 3, 10, 77, co. 2, 117, co. 1, Cost.). Per una panoramica, v. ASGI, *Rassegna sulla giurisprudenza in materia di iscrizione anagrafica*, reperibile online.

³² Sulla sentenza della Corte costituzionale del 31 luglio 2020, n. 186, v. C. MORSELLI, *La Consulta boccia l'art. 13 d.l.113/2018 (c.d. decreto Sicurezza) sul veto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo, ma lo scrutinio ablativo risulta monopolizzato dal parametro dell'art. 3 C (in un cono d'ombra l'art. 10, co. 3, C.)*, in *federalismi.it*, 23 settembre 2020; A. S. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, *ivi*; F. MANGANO, *La Corte costituzionale e l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo*, in *Questione giustizia*, 23 dicembre 2020; A. R. SALERNO, *Poteri, diritti e conflitti intorno alla sentenza n. 186/2020 sul "decreto sicurezza"*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2020, n. 3.

³³ Art. 4, co. 1 bis, d.lgs. 142/2015, introdotto dal d.l. 113/2018.

³⁴ Sentenza 186/2020: "a dispetto del dichiarato obiettivo dell'intervento normativo di aumentare il livello di sicurezza pubblica, la norma in esame, impedendo l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, finisce con il limitare le capacità di controllo e monitoraggio dell'autorità pubblica sulla popolazione effettivamente residente sul suo territorio" (par. 4.1 del considerato in diritto).

del divieto) della “precarietà” della permanenza dei richiedenti asilo nel territorio statale. Nelle more dell’espletamento della procedura sulla domanda di riconoscimento, il periodo complessivo di permanenza dei richiedenti asilo nel nostro Paese non è affatto breve (almeno un anno e mezzo). Sotto il profilo della disegualianza che la disposizione in esame procura, la Corte ha osservato come il divieto di iscrizione anagrafica comporterebbe un’ingiustificata differenziazione nel trattamento dei richiedenti asilo rispetto agli altri stranieri regolarmente soggiornanti. A fronte della mera situazione oggettiva dell’abitudine della dimora, “la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può presentare alcun rilievo ai suoi fini”, né la possibilità di prestazione dei servizi nel “luogo di domicilio” potrebbe ritenersi adeguata.

La Corte ha ritenuto non necessario procedere all’esame degli altri motivi di ricorso, ivi compresa la questione di compatibilità del diritto dell’Unione³⁵.

A seguito della sentenza in parola, il legislatore del 2020 ha ripristinato l’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo³⁶. La disposizione vigente prevede che lo straniero, quando sia titolare di permesso di soggiorno a seguito di richiesta di asilo (o detenga una ricevuta che ne attesti la presentazione), venga iscritto all’anagrafe della popolazione residente. Di conseguenza, deve essere rilasciata una carta di identità, valida soltanto nel territorio nazionale, per tre anni.

6. Secondo la direttiva-accoglienza 2013/33/UE, gli Stati membri garantiscono ai richiedenti condizioni materiali necessarie ad un’adeguata qualità di vita, tutelandone la salute fisica e mentale. La qualità delle condizioni di vita deve essere rapportata alla specifica situazione delle persone vulnerabili, nonché alle persone in stato di trattenimento amministrativo. Ove l’accoglienza sia fornita in forma di sussidi economici o buoni, l’ammontare è fissato sulla base del livello stabilito, dalla legge o dalla prassi, dallo Stato membro interessato per i propri cittadini. I richiedenti asilo vulnerabili devono poter accedere all’assistenza psicologica.

Infine, la direttiva-accoglienza prevede che le autorità possano stabilire un luogo di residenza per il richiedente asilo, per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido ed il controllo efficace della domanda (art. 7). Tuttavia, l’obbligo per i richiedenti di restare in una determinata parte del territorio dello Stato di accoglienza può essere stabilito al fine di un più facile conferimento dei mezzi di sostegno da parte dell’amministrazione statale o regionale (in uno Stato federale) ma solo a condizioni di parità con i beneficiari di protezione internazionale e degli altri stranieri presenti sul territorio³⁷. Quando le

³⁵ Per un’analisi di questi profili, v. E. PISTOIA, *Una questione di dignità. Il superamento dell’abolizione dell’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo in Italia*, in *ADiM Blog, Analisi e Opinioni*, 7 gennaio 2021, reperibile *online*.

³⁶ La legge di conversione ha specificato che l’iscrizione avviene, in particolare, ai sensi del regolamento anagrafico (d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223), in particolare i richiedenti ospitati nei centri di prima accoglienza e di accoglienza straordinaria sono iscritti all’anagrafe secondo la procedura della convivenza anagrafica: v. A. BUZZI, F. CONTE, *L’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il “Decreto Lamorgese”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, n. 1, reperibile *online*.

³⁷ Un obbligo di residenza può essere imposto ai beneficiari della protezione sussidiaria qualora essi siano maggiormente esposti a difficoltà di integrazione rispetto ad altre persone non aventi la cittadinanza dell’Unione e residenti legalmente nello Stato membro che ha concesso tale protezione. V. sentenza del 1° marzo 2016, causa C-443/14, *Alo e Osso*, ECLI:EU:C:2016:127.

Autorità subordinano la concessione delle condizioni materiali d'accoglienza all'effettiva residenza del richiedente in un determinato luogo, così come la possibilità di concedere ai richiedenti un permesso temporaneo di allontanarsi dal luogo di residenza e/o dall'area assegnata, la decisione deve essere adottata, caso per caso, con apposito provvedimento.

Per quanto riguarda le sanzioni sulle misure di accoglienza, la Corte di giustizia nella sentenza *Haqbin* ha statuito che un richiedente colpevole di grave violazione delle regole del centro di accoglienza o di un comportamento gravemente violento non può essere sanzionato con la revoca delle condizioni materiali di accoglienza relative all'alloggio, al vitto o al vestiario³⁸. La Corte ha aggiunto che gli Stati membri hanno l'obbligo di assicurare in modo permanente e senza interruzioni un tenore di vita dignitoso. Le Autorità pubbliche devono assicurare un accesso alle condizioni di accoglienza idoneo a garantire tale tenore di vita. Pertanto, non possono limitarsi (come intendevano fare nel caso di specie le autorità competenti belghe) a fornire al richiedente un elenco di centri privati per i senzatetto che avrebbero potuto accoglierlo³⁹.

In relazione alla direttiva-accoglienza 2013/33/UE ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia, appare dubbia la legittimità/compatibilità della legge italiana che disciplina la revoca per i centri di accoglienza diffusa (Sprar). Le disposizioni legislative prevedono come unica possibile sanzione la revoca con l'esclusione dal circuito di accoglienza, mentre il diritto dell'Unione europea lascia agli Stati membri la riduzione o graduazione di "sanzioni" per "gravi violazioni delle regole dei centri di accoglienza" e "comportamenti gravemente violenti" (art. 20, par. 4). L'esclusione dal sistema territoriale di accoglienza diffusa appare sicuramente incompatibile con gli standard derivanti dalla direttiva-accoglienza e, in particolare, con l'interpretazione della Corte di giustizia nella sentenza *Haqbin*. Una sentenza del TAR Toscana, riprendendo le affermazioni della Corte di giustizia, sottolinea che l'applicazione della sanzione della revoca è incompatibile con l'obbligo di garantire un tenore di vita dignitoso al richiedente, privandolo della possibilità di far fronte ai suoi bisogni più elementari, con evidente violazione del principio di proporzionalità⁴⁰. L'illegittimità dell'esclusione dei richiedenti asilo dal sistema, già

³⁸ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 12 novembre 2019, causa C-233/18, *Haqbin*, ECLI:EU:C:2019:956.

³⁹ Sulle condizioni di accoglienza, la Corte si è espressa anche nella sentenza *Jawo*: sentenza della Corte (Grande Sezione) del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, ECLI:EU:C:2019:218. In questo caso, riguardante il trasferimento Dublino di un richiedente asilo dalla Germania all'Italia, la Corte ha ritenuto che "se l'indifferenza delle autorità di uno Stato membro ha portato [un richiedente asilo trasferito] a trovarsi (...) in un situazione di estrema povertà materiale 'che, a sua volta', non gli consente di soddisfare i suoi bisogni più elementari, come, tra l'altro, cibo, igiene personale e un luogo in cui vivere, e che mina la sua salute fisica o mentale o lo mette in stato di degrado incompatibile con la dignità umana" (punto 92), il richiedente non deve essere trasferito a causa del rischio reale di trattamenti inumani o degradanti. Nello stesso senso, v. anche l'ordinanza della Corte del 13 novembre 2019, cause riunite C-540 e 541/17, *Hamed e Omar*, ECLI:EU:C:2019:964.

⁴⁰ Secondo la sentenza del TAR Toscana, Sez. II, del 15 aprile 2020, n. 437, la disciplina italiana della revoca delle misure di accoglienza ai richiedenti la protezione internazionale è in contrasto con la direttiva 2013/33/UE e, pertanto, può essere disapplicata. Il TAR Toscana, riprendendo le affermazioni della sentenza *Haqbin*, punti 47 e 48, afferma: "Alla luce di quanto statuito dalla Corte, segue che deve essere disapplicata nel caso concreto la norma di cui alla lettera e) del d.lgs. n. 142/2015. Il Collegio è consapevole che in tal modo rischia di crearsi un vuoto normativo poiché l'ordinamento italiano non prevede alcuna sanzione (ulteriore alla revoca dell'accoglienza) a carico degli stranieri richiedenti protezione internazio-

temperata con misure transitorie nel corso della pandemia, è stata ora rimossa dalla riforma del 2020.

L'incompatibilità più grave con il diritto dell'Unione riguardava, nella riforma del 2018, l'esclusione dei richiedenti vulnerabili (fra i quali, ad es. le vittime di violenza o di tratta) dal circuito delle strutture di accoglienza degli enti locali⁴¹, che impediva loro l'accesso ai progetti appositi ivi previsti. Tale accesso è stato ripristinato dalla riforma del 2020 che ne ha anche previsto la priorità di ingresso⁴².

La legislazione in vigore ammette ora i richiedenti protezione internazionale ai centri di accoglienza (garantita solo nei limiti delle disponibilità) ma in realtà ne limita l'accesso solo a quei Centri dove vengono erogati i "servizi di base". Resta esclusa l'ammissione ai servizi finalizzati all'integrazione (riservati a coloro che abbiano già ottenuto la qualifica di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria)⁴³. Si tratta di una discriminazione che persegue la medesima precedente logica di esclusione, motivata sull'assunto che i richiedenti avrebbero scarse probabilità di ottenere la protezione internazionale. Inutile sostenere un costo di preparazione all'integrazione per chi è destinato a lasciare il nostro Paese. Anche se tale approccio corrispondesse alle statistiche di successo delle domande, il contemporaneo ripristino delle esigenze di protezione umanitaria (sotto la veste formale di "protezione speciale") richiederebbe una modifica di tale previsione. Si tratta di una scelta irragionevole che certamente incide sui vincoli costituzionali nella prospettiva dell'asilo costituzionale (art. 10, co. 3, Cost.).

7. I settori dell'immigrazione e asilo armonizzati da atti legislativi dell'Unione hanno sinora prevalentemente riguardato i profili sostanziali della materia mentre quelli procedurali sono rimasti nella sfera dell'autonomia processuale degli Stati membri⁴⁴.

nale e ammessi alle misure di accoglienza, i quali pongano in essere gravi violazioni delle regole dei centri in cui sono inseriti o comportamenti gravemente violenti. È tuttavia responsabilità del legislatore colmare tale lacuna, non potendo questo Giudice esimersi dal rispettare l'interpretazione del diritto comunitario così come fornita dalla Corte". Per un commento E. FIORINI, *Le misure di accoglienza ai richiedenti la protezione internazionale e la loro revoca*, in *Diritti senza confini*, 13 maggio 2020, reperibile online.

⁴¹ Sistema di accoglienza e integrazione (SAI), ex SIPROIMI, ex Sprar.

⁴² Si tratta delle seguenti categorie di persone: minori, minori non accompagnati; disabili; anziani; donne in stato di gravidanza; genitori singoli con figli minori; vittime di tratta di esseri umani; persone affette da gravi malattie e/o disturbi mentali; persone per le quali sia stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale; vittime di mutilazioni genitali.

⁴³ L'integrazione dovrebbe partire già nella prima fase di arrivo in Italia e ai richiedenti asilo dovrebbero essere offerti servizi qualificati di accoglienza per preparare il loro percorso di inclusione sociale quando sia loro riconosciuto lo *status* di beneficiario di protezione internazionale. L'integrazione è competenza di sostegno, completamento e coordinamento dell'Unione, mentre la competenza principale in materia appartiene agli Stati membri (art. 79, par. 4, TFUE). L'Unione svolge un'azione di coordinamento e sostegno dei piani nazionali: comunicazione del 24 novembre 2020, Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027, COM(2020)758 final. Sulla tematica, v. G. CAGGIANO, *L'integrazione dei migranti fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 27 ss.; ID., *Riflessioni su proto-integrazione dei richiedenti asilo e diversità culturali*, in *Quaderni SidiBlog*, 2016, p. 97 ss., reperibile online.

⁴⁴ Numerose sono le proposte in discussione al riguardo. Cfr. la proposta di regolamento, del 13 luglio 2016, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la

Nell'ordinamento italiano, il ricorso a limitazioni procedurali, quali ad esempio il ricorso giudiziario in un unico grado sulle decisioni amministrative⁴⁵, l'incremento delle procedure accelerate e l'introduzione del concetto di Paese di origine sicuro⁴⁶ sono basate sulla presunzione che molte domande di asilo siano infondate o strumentali; molte altre nascondano elementi utili per la negazione degli *status* di protezione internazionale. Ne risulta la riduzione, a tutto campo, delle tutele e delle garanzie con una forte contrazione del diritto di asilo nell'accesso, nella partecipazione alla procedura, nell'esercizio del diritto di difesa e nella collocazione (marginale) nel territorio e nella società.

Il primo dubbio sulla legittimità/compatibilità della legislazione italiana con il diritto dell'Unione riguardava il rapporto fra la prima e la seconda fase della procedura sulla domanda di protezione internazionale. In argomento, la Corte di giustizia si è pronunciata con ordinanza, su ricorso del Tribunale di Milano⁴⁷, nel senso della compatibilità con il diritto ad un ricorso effettivo in materia di protezione internazionale di una normativa nazionale che preveda un procedimento di impugnazione contro un provvedimento giurisdizionale di primo grado senza dotare tale impugnazione di effetto sospensivo automatico⁴⁸. Nel diritto derivato dell'Unione vi è ampio riconoscimento delle garanzie nella prima fase della procedura amministrativa (o quasi-giudiziaria); al contrario, per la seconda fase giurisdizionale, si riscontra solo l'obbligo di prevedere la facoltà del ricorso individuale, lasciando un'ampia discrezionalità agli Stati membri, proprio in base al principio dell'autonomia processuale. Tale principio stabilisce che i giudici nazionali sono competenti ad interpretare le regole processuali nazionali nel loro contesto e nel loro insieme, in comparazione

direttiva 2013/32/UE, COM(2016)467 final; e la proposta modificata di regolamento, del 23 settembre 2020, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020)611 final. Il Parlamento europeo ha adottato la posizione sulla proposta della Commissione: v. A8-0171/2018, 25 maggio 2018, Relazione 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, Commissione LIBE, Relatore Laura Ferrara.

⁴⁵ Nell'ordinamento italiano, la giurisdizione è stata attribuita al giudice ordinario civile (ora Tribunale-sezione specializzata) perché il legislatore ha stabilito che oggetto del giudizio è il diritto al riconoscimento dello *status* di protezione internazionale e non l'impugnazione del provvedimento amministrativo.

⁴⁶ Le procedure accelerate sono state introdotte nell'ordinamento giuridico italiano soltanto con il d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, contenente le disposizioni di attuazione della direttiva 2013/32/UE, che ha modificato il d.lgs. n. 25/2008 introducendo l'art. 28-bis, "procedure accelerate".

⁴⁷ Secondo la Corte di giustizia, l'obbligo di effetto sospensivo in forza del principio di effettività del ricorso si riferisce, nella direttiva-procedure (art. 46, par. 3), esclusivamente al primo grado di giudizio. Le garanzie dell'art. 47, nonché degli articoli 18 e 19, par. 2, della Carta, richiedono unicamente che sia possibile esperire un ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale. Nella sentenza del 26 settembre 2018, causa C-180/17, X e Y, ECLI:EU:C:2018:775, la Corte di giustizia esclude che l'eventuale appello contro il rigetto di un ricorso di primo grado avverso la decisione di rimpatrio a seguito del rigetto di una domanda di protezione internazionale debba necessariamente comportare un effetto sospensivo automatico di tale decisione. L'ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18 PPU, FR, ECLI:EU:C:2018:784, riguarda l'ordinamento italiano. Per un'analisi dell'ordinanza di rinvio del giudice italiano, v. A. ADINOLFI, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione*, in *Questione giustizia*, 29 giugno 2018, reperibile online. Sull'ordinanza della Corte di giustizia, v. F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, *ivi*, 27 novembre 2018.

⁴⁸ D.l. 17 febbraio 2017, n. 17, convertito con modifiche dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

con quelle applicabili in altri settori dell'ordinamento nazionale. Pertanto, l'introduzione di un ulteriore grado di giudizio e un eventuale effetto sospensivo automatico o un procedimento cautelare al riguardo rientrano nella discrezionalità degli Stati membri per effetto dell'autonomia procedurale, in base ai criteri di effettività ed equivalenza. Secondo la Corte di giustizia, il principio di effettività non può considerarsi violato nelle modifiche della Legge Minniti del 2017, "dato che il diritto dell'Unione esige, in materia di protezione internazionale, soltanto l'esistenza di un mezzo di ricorso giurisdizionale"⁴⁹.

Il secondo aspetto critico riguardava le ipotesi di domande manifestamente infondate⁵⁰ e/o sottoposte a procedura accelerata⁵¹. Secondo la direttiva-procedure, le domande reiterate possono essere giudicate inammissibili e, dunque, non esaminate nel merito, salvo che il richiedente presenti elementi o circostanze nuove rilevanti al fine del riconoscimento della protezione internazionale. In caso di domanda reiterata deve essere organizzato un colloquio preventivo sull'ammissibilità. Anche se la direttiva esonera il giudice dal replicare un esame "completo" della domanda, aspetti significativi della vicenda personale non dovrebbero restare privi di valutazione.

Per le domande reiterate, la norma previgente disponeva che la domanda fosse in ogni caso sottoposta a parere preliminare del Presidente della Commissione e che il ricorrente avesse facoltà di presentare le proprie osservazioni prima dell'adozione della decisione sull'ammissibilità, espressamente riservata in ogni caso alla Commissione territoriale⁵². Nella riforma del 2018, la facoltà di rivolgersi per iscritto alla Commissione territoriale (*rectius*: al Presidente) è stata esclusa per il richiedente che presenta una domanda reiterata⁵³. A fronte di un tale evidente motivo di contrasto con la direttiva-procedure, i giudici nazionali hanno cercato soluzioni interpretative idonee al rispetto del diritto dell'Unione⁵⁴. In particolare, il Tribunale di Milano ha trasmesso gli atti alla Commissione territoriale competente, disapplicando la norma interna e applicando in modo diretto l'art. 40 della direttiva-procedure⁵⁵. La soluzione nel singolo caso in esame ha comunque lasciato

⁴⁹ G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 579 ss.; C. FAVILLI, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 683 ss.; I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione giustizia*, 8 febbraio 2021, reperibile online.

⁵⁰ Nuovo art. 28-ter d.lgs. n. 25/2008.

⁵¹ Sulle ipotesi di procedura accelerata, v. art. 31, par. 8, della direttiva 2013/32.

⁵² Art. 29, lett. b), d.lgs. 25/2008.

⁵³ Nell'ordinamento italiano, v. ASGI, *Le nuove ipotesi di procedure accelerate e di frontiera*, (a cura di Progetto In Limine di Asgi e A Buon Diritto Onlus), in *Questione giustizia*, 9 gennaio 2020, reperibile online. In dottrina, v. S. FACHILE, A. MASSIMI, L. LEO, *Le nuove procedure accelerate: lo svincolo del diritto di asilo*, ivi, 3 novembre 2019; N. MORANDI, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 3, p. 146 ss.

⁵⁴ Sulla giurisprudenza italiana, v. C. PRATESI, *Le domande reiterate di protezione internazionale: brevi considerazioni alla luce delle modifiche normative introdotte dal d.l. 113/18 e dal d.l. n. 130/2020*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 3, p. 263 ss., spec. p. 269 ss.

⁵⁵ Decreto pubblicato il 13 novembre 2019 (R.G. 20031/19), del Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'U-

intatta l'esigenza di abrogare la norma interna. Pertanto, la riforma del 2020 ha eliminato l'illegittimità della disposizione pregressa, ripristinando la competenza del Presidente delle Commissioni territoriali. La disposizione ora in vigore supera soprattutto la criticità relativa alla conservazione dello *status* di richiedenti asilo, nelle more del pronunciamento sull'ammissibilità, con la conseguente garanzia della libertà personale.

Il terzo aspetto riguarda le domande di protezione internazionale dei richiedenti asilo provenienti da un Paese di origine, che sia qualificato come sicuro. Quest'ultime sono considerate domande con un'elevata probabilità di infondatezza e, pertanto, sottoposte a procedura accelerata. Al riguardo si osserva l'inversione di prospettiva nell'esame della domanda di asilo, che passa così da un approccio individuale ad una valutazione collettiva. La fattispecie in parola è quella che incide maggiormente sul diniego di riconoscimento della protezione internazionale⁵⁶. L'inclusione all'interno della lista dei Paesi sicuri comporta una presunzione relativa (superabile con specifica prova contraria). In particolare, l'allegato I della direttiva-procedure attribuisce tale qualificazione allorché, nel Paese di origine del richiedente, non vi siano generalmente e costantemente persecuzioni perché la protezione internazionale deve avere carattere effettivo e non attenersi a situazioni episodiche (art. 9 direttiva-qualifiche)⁵⁷. Pertanto, il richiedente deve invocare "gravi motivi" che consentano di ritenere il Paese di provenienza non-sicuro nelle specifiche circostanze che lo riguardano. Oltre a tale presunzione relativa, l'adozione della lista dei Paesi di origine comporta anche modifiche alle procedure applicabili all'esame della richiesta⁵⁸.

In Italia, il Paese di origine di un richiedente asilo è stato definito dal DM del 4 ottobre 2019⁵⁹, consentendo così di dichiarare manifestamente infondata la domanda

nione europea: v. E. COLOMBO, *Il Tribunale di Milano dà rilevanza al primato del diritto europeo nella disciplina dell'asilo*, in *Eurojus*, 30 gennaio 2020, reperibile online.

⁵⁶ Per una analisi critica dell'impatto che la nozione di "Paese sicuro" può avere sulle garanzie, v. V. MORENO-LAX, *Solidarity's Reach: Meaning, Dimensions and Implications for EU (External) Asylum Policy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 740 ss.; G. CELLAMARE, *L'attivazione nell'ordinamento italiano del concetto di Paese di origine sicuro*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 323 ss.; C. PITEA, *La nozione di "Paese di origine sicuro" e il suo impatto per le garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 627 ss.; F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. "Decreto Sicurezza" (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 2, p. 147 ss.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, causa C-404/17, A, ECLI:EU:C:2018:588, che riguarda l'assenza di norme nazionali relative a tale concetto e le sue conseguenze (Svezia).

⁵⁸ La direttiva 2013/32/UE prevede che ciascuno Stato membro stabilisca norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di Paese di origine sicuro (art. 36, par. 2). Le caratteristiche del regime legislativo sono varie e rilevanti: la prima riguarda la disciplina dell'onere di allegazione e dell'onere della prova ed impone il superamento della presunzione relativa di sicurezza del Paese di origine designato come sicuro (d.lgs. n. 25/2008, articoli 2 *bis*, 8, 9 e 27, co. 1 *bis*); la seconda, i tempi della procedura d'esame della richiesta, che sono stati abbreviati (*ivi*, art. 28 ss.); la terza, l'efficacia sospensiva dell'impugnazione giudiziale del rigetto della domanda di protezione, che è stata esclusa (*ivi*, art. 35-*bis*, co. 3).

⁵⁹ D.M. 4 ottobre 2019, Individuazione dei Paesi di origine sicuri, ai sensi dell'articolo 2-*bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. Con il decreto, il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, ha adottato l'elenco dei Paesi di origine sicuri ai fini delle procedure di esame delle domande di riconoscimento della protezione internazionale. G. ARMONE, *Il decreto interministeriale sui Paesi di origine sicuri e le sue ricadute*

di protezione internazionale, a seguito di esame con procedura accelerata⁶⁰. Pur non privando, in linea di principio, il diritto a ricevere una valutazione individuale, la procedura in parola comporta rischi di un trattamento superficiale delle domande, specialmente se presentate da soggetti appartenenti a minoranze nazionali/etniche/per orientamento sessuale. La presunzione di sicurezza ha carattere relativo, ma l'onere della prova non può essere posto interamente sul ricorrente, che deve essere sostenuto nelle informazioni e analisi dalle valutazioni della stessa Commissione territoriale. Alla scadenza del termine per l'impugnazione vi è l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale, salvo che gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo, e sia stato adottato un provvedimento amministrativo di espulsione da parte del Prefetto.

Molte critiche sono state mosse al decreto 4 ottobre 2019, sia per le previsioni di carattere procedurale, sia nel merito della designazione dei Paesi inclusi nell'elenco. Per il rispetto dei vincoli costituzionali e sovranazionali sul diritto all'accertamento della situazione di rischio individuale del richiedente la protezione internazionale, le Commissioni territoriali e i giudici potrebbero decidere la disapplicazione della norma legislativa relativa all'istituzione del meccanismo (e del suo decreto di attuazione) che comprime sostanzialmente l'accesso alla giustizia da parte dei richiedenti di Paesi "sicuri", in relazione alla mancata tutela dei diritti fondamentali.

8. Sul piano del diritto dell'Unione, una delle principali criticità si manifesta alle frontiere esterne: da un lato, la maggiore responsabilità in materia di diritti fondamentali dovuta al rafforzamento dei poteri di Frontex⁶¹; dall'altro, la prospettiva di adozione di una procedura generalizzata di *screening* pre-ingresso secondo il modello degli *hotspot* in Italia e Grecia⁶².

La Corte di giustizia ha stabilito che, per l'interazione tra le direttive procedure e rimpatrio, il rigetto della domanda di protezione può essere accompagnato da decisione di rimpatrio. Secondo la sentenza *Gnandi*⁶³, tali norme non ostano all'adozione di una decisione di rimpatrio, "subordinatamente alla condizione, segnatamente, che lo Stato membro interessato garantisca la sospensione di tutti gli effetti giuridici della decisione di rimpatrio nelle more dell'esito del ricorso".

applicative, in M. ACIERNO (a cura di), *Il diritto alla protezione internazionale e l'impegno della giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2020, n. 3, reperibile online.

⁶⁰ *Ivi*, art. 28 bis, co. 1, lett. c-ter).

⁶¹ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione Europea*, Bari, 2020.

⁶² Per un'analisi sulle procedure di frontiera, v., da ultimo, lo studio commissionato dal Parlamento europeo, STUDY, PE, EPRS, November 2020. Il meccanismo proposto dalla Commissione avrà un sicuro drammatico effetto sulla situazione giuridica di quanti resterebbero ai margini del territorio europeo sulla base di una *factio* giuridica di non-ingresso (una sorta di "esternalizzazione" di una zona di frontiera dello Stato). V. la proposta di regolamento, del 23 settembre 2020, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020)611 final. La proposta prevede l'introduzione di un nuovo articolo 41 bis su una "procedura di frontiera per l'asilo e il rimpatrio", unitamente ad un potenziamento della procedura accelerata: v. L. MARIN, *Una rilettura di alcune misure del Patto sulle migrazioni alla luce della sussidiarietà: il valore aggiunto europeo come utopia?*, in *I Post di AISDUE*, Focus *La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, 18 febbraio 2021, reperibile online.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi c. Belgio*, ECLI:EU:C:2018:465. In argomento, v. G. CELLAMARE, *Dignità umana e trattamento degli stranieri irregolari in attesa di rimpatrio nel diritto dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 1 ss.

Il trattamento delle domande di asilo alla frontiera o alle zone di transito è consentito dalla direttiva-procedure di asilo (art. 43). In quella sede, è possibile prendere decisioni sull'ammissibilità ma anche decisioni di merito (art. 31, par. 8). Il regolamento Codice Frontiere Schengen 2016/399/UE consente da una parte di collocare le aree di frontiera e le zone di transito in prossimità dei valichi di frontiera esterni esistenti tra Stati membri dell'UE e Paesi terzi e, dall'altra, di ritenere applicabile la procedura di frontiera soltanto ad aree territorialmente delimitate⁶⁴. Secondo la sentenza *FMS* della Corte di giustizia⁶⁵, l'obiettivo di una procedura di frontiera è quello di consentire agli Stati membri, in circostanze ben definite, di prevedere ammissibilità e/o procedure di esame di merito relative alle domande di protezione internazionale presentate alla frontiera o in una zona di transito di uno Stato membro prima di una decisione sull'ingresso di un richiedente nel suo territorio.

La riforma del 2018 ha introdotto nell'ordinamento italiano la procedura di frontiera. Le zone di transito e di frontiera, individuate dal decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019, determinano i luoghi dove si applica la procedura accelerata per l'esame delle domande di protezione internazionale⁶⁶. Se la domanda è presentata in zona di frontiera o di transito, il suo esame può svolgersi direttamente *in loco*. L'applicazione delle procedure accelerate alle domande presentate in tali zone comporta una restrizione dell'effettivo esercizio dei richiedenti asilo e una conseguente contrazione del diritto di difesa, in ragione del dimezzamento dei termini di impugnazione e dell'assenza di un effetto sospensivo automatico. In ogni caso, il requisito per l'applicazione della procedura di frontiera è che il richiedente sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli. Al contrario, non è applicabile quando il richiedente si sia presentato spontaneamente ai controlli di frontiera o sia stato destinatario di un'operazione di soccorso in mare⁶⁷.

Vari gli elementi di criticità che revocano in dubbio la legittimità dell'applicazione della procedura in parola con il diritto dell'Unione europea. Nella maggior parte dei casi i richiedenti giungeranno al colloquio in Commissione privi di orientamento legale adeguato sulla procedura e sul proprio *status*, e senza che si sia opportunamente verificato che, per motivi di età, di genere o in conseguenza di torture, stupri o altre forme gravi di violenza, il richiedente necessiti di garanzie procedurali particolari.

⁶⁴ L'art. 43, par. 3, della direttiva 2013/32/UE, inoltre, prevede solo come ipotesi eccezionale la possibilità che la procedura di frontiera possa svolgersi in un luogo diverso da quello di arrivo del richiedente, che comunque deve trovarsi nelle immediate vicinanze del luogo di arrivo.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 2020, cause riunite C-924 e 925/19 PPU, *FMS* e *a.*, ECLI:EU:C:2020:367. Per approfondimenti, v. European Parliamentary Research Service-EPRS, *Asylum procedures at the border, European Implementation Assessment*, November 2020, reperibile *online*.

⁶⁶ Per un commento, v. ASGI, *Le zone di transito e di frontiera, Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019*, settembre 2019, reperibile *online*.

⁶⁷ Una novità del Patto su immigrazione e asilo è costituita dal fatto che le nuove procedure di frontiera diventerebbero obbligatorie per i richiedenti protezione che attraversano la frontiera esterna in modo non autorizzato o in seguito ad uno sbarco collegato ad una operazione di ricerca e soccorso, e, in aggiunta, trova applicazione una di queste circostanze: il richiedente rappresenta un rischio per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico; il richiedente ha fornito informazioni o documenti falsi o ha nascosto informazioni o documenti pertinenti; il richiedente proviene da un Paese terzo per il quale la percentuale di decisioni positive non supera il 20% delle domande presentate: v. la proposta COM(2020)611 final.

Infatti, le procedure di frontiera non devono essere applicate ai richiedenti in condizione di vulnerabilità che necessitano di speciali garanzie procedurali e, ove abbiano subito stupri o altre gravi violenze, non sia possibile fornire un adeguato sostegno psicologico alla frontiera (art. 24, par. 3, direttiva-procedure). La riforma del 2020 è intervenuta di modo da escludere che sia possibile adottare una decisione di manifesta infondatezza all'esito dell'esame di una domanda presentata da minori, minori non accompagnati, disabili, anziani, genitori singoli con figli minori, vittime di tratta di esseri umani, persone affette da gravi malattie o disturbi mentali, persone che hanno subito tortura, stupri o altre forme di gravi violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, o vittime di mutilazioni genitali⁶⁸.

Le condizioni disumane in cui si trovano i migranti nei Paesi lungo la rotta balcanica ed in particolare in Bosnia, in stato di totale deprivazione di beni e servizi essenziali, corrispondono certamente a tale soglia. Pertanto, non è in alcun caso ammissibile la prassi di *pushback* alla frontiera italiana con la Slovenia basata su accordi bilaterali informali mai approvati dal Parlamento italiano. Tale prassi è stata ritenuta di recente illegittima dal Tribunale di Roma alla luce del diritto dell'Unione e della CEDU⁶⁹.

9. Nella sentenza *Khlaifia c. Italia*⁷⁰, la Corte EDU aveva condannato l'Italia non solo per l'assenza di una base normativa per il trattenimento all'interno dei Centri di primo soccorso e accoglienza (art. 5 CEDU) ma anche per l'assenza di un organo al quale i ricorrenti avrebbero potuto rivolgersi per denunciare le proprie condizioni di trattenimento (art. 13 CEDU)⁷¹. Questa nuova disposizione, in particolare, mira a colmare la lacuna in materia evidenziata nel 2015. Tale nuova funzione di controllo attribuita al Garante quale figura di garanzia non risolve del tutto il

⁶⁸ Art. 28-ter, nuovo co. 1-bis, d.lgs. n. 25/2008, che allinea l'ordinamento interno alla normativa dell'Unione.

⁶⁹ V. l'orientamento già espresso dallo stesso Tribunale di Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917, in un caso relativo a un gruppo di migranti intercettati e soccorsi in alto mare dalla Marina militare italiana, e quindi respinti collettivamente verso la Libia, senza identificazione, né formalità. Per un commento, v. S. BORELLI, *Pushing Back Against Push-backs: A Right of Entry for Asylum Seekers Unlawfully Prevented from Reaching Italian Territory*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 236 ss.; M. GIUFFRÉ, *Estermalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione giustizia*, 2020, n. 1, p. 190 ss., reperibile online; A. DI PASCALE, *Riammissioni informali e violazione del diritto di asilo*, ivi, 9 febbraio 2021.

⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e a. c. Italia*. Per approfondimenti, v. M. R. MAURO, *Detention and Expulsion of Migrants: the Khlaifia v. Italy case*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 85 ss.; A. I. MATONTI, *Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso Khlaifia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 523 ss.; A. SACCUCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 552 ss. Sul controllo dell'attuazione dell'Italia da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, v. DH- DD(2021)190, 15 February 2021, Service de l'exécution des Arrêts de la CEDH, Communication de l'Italie. In tale comunicazione la Rappresentanza italiana descrive contenuti della riforma del 2020 ai fini dell'attuazione della sentenza da parte dell'Italia.

⁷¹ Si ricorda, infatti, che tale verifica sulle condizioni di trattenimento non poteva essere nemmeno domandata al Giudice di pace che aveva convalidato il trattenimento, il quale, diversamente dal magistrato di sorveglianza per quanto concerne il carcere, non aveva alcun potere di controllo.

vizio di legittimità della legge rispetto al controllo giurisdizionale richiesto in una situazione di privazione della libertà negli istituti penitenziari.

Com'è noto, la Corte EDU⁷² e la Corte di giustizia⁷³ hanno adottato posizioni sul trattenimento di richiedenti-asilo presso la zona di transito terrestre istituita da uno Stato membro per controllare gli ingressi da Paesi terzi, ritenendo che costituisca una vera e propria “privazione della libertà personale”, ovvero una mera limitazione della libertà di circolazione. La Corte EDU ha osservato che i ricorrenti erano entrati nella zona di transito di propria iniziativa e non fuggivano da una situazione di pericolo imminente; i tempi della procedura erano ragionevoli in una situazione di massiccio afflusso di stranieri, i ricorrenti erano liberi di allontanarsi dalla zona di transito per ritornare in Serbia⁷⁴. Diversamente, la Corte di giustizia ha stabilito la natura del trattenimento argomentando sulla definizione della direttiva-accoglienza, laddove per “trattenimento” si intende “il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione” (art. 2, lett. h). Tra le due Corti emerge il diverso contenuto delle garanzie della libertà personale (art. 5 CEDU e art. 6 della Carta dei diritti fondamentali).

Nella sentenza *FMS e a.*, la Corte di giustizia ha fornito una lettura dell'art. 47 della Carta sul diritto ad un ricorso effettivo nei confronti di una decisione di rimpatrio (art. 13 direttiva-rimpatri 2008/115/CE), anche a tutela del principio di *non-refoulement*⁷⁵. Al fine di garantire il diritto ad un ricorso effettivo, anche qualora non sia previsto un rimedio giurisdizionale, il giudice nazionale è chiamato a dichiararsi competente “al fine di difendere i diritti che sono garantiti dal diritto

⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*.

⁷³ Sentenza *FMS e a.* Per un commento, v. E. CELORIA, *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del Nuovo patto sulle migrazioni e l'asilo*, in *European Papers*, 2020, p. 1385 ss.; F. L. GATTA, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le Corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, p. 111 ss.; L. MARIN, *La Corte di giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti fondamentali*, in *ADiM Blog*, 30 maggio 2020, reperibile online.

⁷⁴ La pronuncia è stata oggetto di critiche: V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourgobservers.com*, 23 dicembre 2019; F. L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020, reperibile online; S. PENASA, *Paese terzo sicuro e restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo: il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 180 ss.

⁷⁵ Mentre la direttiva-rimpatri prevede genericamente la possibilità di esperire un ricorso “dinanzi ad un'autorità giudiziaria, o amministrativa competente”, l'art. 47 della Carta sancisce espressamente che il ricorso debba essere presentato ad un giudice “indipendente ed imparziale”. Sul principio di *non-refoulement* v. F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487; C. MICHAELSEN, *The renaissance of non-refoulement? The Othman (Abu Qatada) decision of the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 764 ss.; C. COSTELLO, M. FOSTER, *Non-Refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2016, p. 273 ss.; E. HAMDAN, *The Principle of Non-refoulement Under the ECHR and the UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Leiden, 2016; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Divieto di non-refoulement e tortura. Osservazioni in margine al General Comment n. 4 alla Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 2018, n. 2, p. 1 ss., reperibile online; L. SUNDBERG DIEZ, *Diminishing safeguards, increasing returns: Non-refoulement gaps in the EU return and readmission system*, EPC Discussion Paper, 4 ottobre 2019, reperibile online.

dell'Unione al soggetto interessato". In questo senso, la competenza del giudice nazionale viene ampliata sulla base dell'effetto diretto dell'art. 47 della Carta. I giudici si sono preoccupati di precisare che i presupposti per la declaratoria di inammissibilità della domanda di asilo sono tassativi ed esaustivi, così chiarendo che l'art. 33 della direttiva in esame rappresenta un'eccezione all'ordinaria procedura di asilo improntata all'esame nel merito⁷⁶. Consapevole degli effetti che la valutazione sull'inammissibilità può avere sul diritto d'asilo, la Corte di giustizia ha voluto escludere l'applicazione estensiva di tale categoria, che non sarebbe compatibile con il diritto dell'Unione.

Secondo la riforma del 2020, gli stranieri trattenuti nei Centri di permanenza per il rimpatrio (Cpr, ex Cie) potranno esserlo fino a un massimo di 90 giorni (precedentemente per un periodo doppio), con una possibile proroga di ulteriori 30 giorni per coloro che provengano da Paesi con cui l'Italia ha accordi di rimpatrio. È introdotta però la fattispecie (non presente nella riforma del 2018) della "flagranza in differita" per chi organizza proteste e danneggiamenti all'interno dei Centri per il rimpatrio⁷⁷. In merito alle condizioni di trattenimento amministrativo, la legge del 2020 introduce in favore dello straniero una procedura di reclamo, attuabile tramite istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale (e ai garanti regionali o locali) dei diritti delle persone private della libertà personale il quale, esaminata la fondatezza delle istanze, potrà formulare raccomandazioni all'amministrazione interessata.

10. Come si è già detto, il limite dell'allontanamento dello straniero nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali sul divieto di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti non ammette né deroghe, né giustificazioni, in quanto strettamente connesso al rispetto della dignità umana⁷⁸. Il parametro della "deprivazione dei diritti" è ritenuto sussistente allorché il godimento effettivo dei diritti umani rischi di collocarsi "al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale"⁷⁹. Formula imposta dalla necessità di collegare il fondamento della protezione ad un elevato livello di violazione dei diritti umani (seri motivi di carattere umanitario). Al riguardo, la Carta dei diritti fondamentali richiede un rischio "serio" da valutare alla luce della situazione generale nel Paese di rinvio e delle circostanze specifiche del ricorrente (art. 19, par. 2).

Inoltre, la CEDU vieta le espulsioni e i respingimenti collettivi di stranieri e le espulsioni e i respingimenti di stranieri verso Paesi in cui siano esposti al rischio di

⁷⁶ *FMS e a.*, punto 154.

⁷⁷ R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018; E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018.

⁷⁸ Sentenza *Aranyosi e Csădăru*.

⁷⁹ Sul grave rischio di trattamento inumano o degradante al termine della procedura di asilo per le condizioni di vita dei beneficiari di protezione internazionale nello Stato membro di possibile rinvio e l'impatto dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali, v. sentenza *Jawo*, punto 92 e giurisprudenza ivi citata. In relazione al rischio effettivo e acclarato di subire un trattamento inumano o degradante per le condizioni di vita dei beneficiari di una protezione sussidiaria dovute alle carenze sistemiche nella procedura di asilo in un altro Stato membro di possibile rinvio, ai sensi degli articoli 4 e 18 della Carta, v. anche la (parallela) sentenza della Corte del 19 marzo 2019, cause riunite C-297, 318, 319 e 438/17, *Ibrahim e a.*, ECLI:EU:C:2019:219, punto 90.

subire trattamenti inumani e degradanti o nel caso di respingimento verso Paesi terzi (art. 3 CEDU), assicurando le garanzie procedurali in caso di espulsione⁸⁰.

Dopo la legge n. 110/2017 che ha introdotto il delitto di tortura, non possono essere disposti l'espulsione o il respingimento in Stati in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, religione, sesso, lingua, cittadinanza, opinioni politiche, etc., nonché quando esistano fondati motivi di ritenere che il soggetto rischi di essere sottoposto a tortura o alla violazione dei diritti umani⁸¹.

Se nella riforma del 2018 il divieto di espulsione o respingimento erano previsti solo nel caso di rischio di subire torture, in quella del 2020 tali provvedimenti non sono applicabili ove lo straniero corra il pericolo di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti. Nella valutazione della sussistenza di tali rischi deve essere accertato se nello Stato di provenienza ricorrono violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani. In applicazione della giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, gli stessi divieti si applicano nel caso in cui esistano fondati motivi per ritenere che l'allontanamento determini una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. La norma del decreto prevede un'eccezione quando l'allontanamento si rende "necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica"⁸².

Al riguardo, la riforma del 2020 persegue la finalità di impedire la persecuzione per una serie di motivi, quali la tortura o i trattamenti analoghi nello Stato di destinazione, nonché di "ponderare", a livello decisionale, i legami stretti e durevoli che lo straniero ha nello Stato ospitante⁸³. In relazione alla valutazione del rischio derivante dall'eventuale allontanamento, la nuova normativa riprende il diritto internazionale convenzionale⁸⁴: si deve tener conto non solo della situazione individuale di rischio ma anche dell'esistenza di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani nello Stato di destinazione. Anche sotto il profilo della sua inderogabilità, il divieto è conforme a quanto previsto nelle norme internazionali, in particolare all'orientamento della Corte di Strasburgo⁸⁵. Nell'esaminare la compatibilità con l'art. 8 CEDU, la medesima Corte tiene conto di tutte le circostanze del caso concreto. Una particolare rilevanza è attribuita sia alla durata del soggiorno nello Stato di acco-

⁸⁰ Art. 13 CEDU, in collegamento con art. 3 CEDU, art. 4 del Prot. n. 4. e art. 1 del Prot. n. 7.

⁸¹ E. SCARONA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018. Per un'interpretazione innovativa del *non-refoulement*, v. Tribunale di Roma, sentenza del 28 novembre 2019, n. 22917. La sentenza propone l'interpretazione del principio in parola non solo come obbligo negativo di non-respingimento verso un territorio in cui la vita e la libertà di una persona possono essere minacciate, ma anche come obbligo positivo di uno Stato, che ha illegittimamente allontanato lo straniero, di assicurare accesso al territorio al fine di formulare una domanda di asilo.

⁸² G. CAGGIANO, *La protezione umanitaria fra limiti tecnici e giuridici all'espulsione e integrazione socio-familiare degli stranieri irregolari*, in A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari*, Roma, 2019, p. 97 ss.; R. PALLADINO, *Efficacia dei rimpatri e tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti: quale equilibrio nelle prospettive di riforma della direttiva rimpatri?*, in *ADiM Blog*, dicembre 2020; E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 117 ss.

⁸³ Art. 19, nuovo co. 1.1, del TUI.

⁸⁴ V. Convenzione di Ginevra del 1951 (art. 33), CEDU (art. 3) e Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984 (art. 3). In base alle leggi in vigore vi rientrano oltre alla tortura anche i trattamenti o le punizioni inumani o degradanti. La previsione è stata integrata, in sede di conversione in legge, con il riferimento all'orientamento sessuale o di genere.

⁸⁵ La questione della liceità dei respingimenti "delegati" nella prospettiva della CEDU è però oggetto di un ricorso pendente davanti alla Corte di Strasburgo: causa S.S. e a. c. *Italia*, ric. n. 21660/18.

glienza, sia alla solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con quello di provenienza, desunta per esempio dall'aver svolto uno o più lavori, dalla presenza dei familiari e dalla conoscenza della lingua⁸⁶. La riforma del 2020 non richiede più, quale condizione del rimpatrio, l'esistenza di violazioni "estreme" del godimento dei diritti umani, cioè, al di sotto del nucleo della dignità umana.

Nella prospettiva dell'analisi condotta nel presente lavoro, va sottolineato che la riforma del 2020 ha re-inserito la clausola di salvaguardia dei vincoli costituzionali e internazionali contemplata nella legislazione previgente. Tale clausola è collocata nella medesima disposizione del Testo unico dell'immigrazione⁸⁷.

Allorché il richiedente è un minore non accompagnato (MSNA), le autorità nazionali devono tenere conto della sua situazione particolare⁸⁸. Di recente, la Corte di giustizia si è pronunciata nella sentenza *TQ*, relativamente al rimpatrio. La maggioranza degli Stati membri non proibisce il rimpatrio ma lo effettua raramente, determinando una condizione di irregolarità tollerata. Persino in tale situazione, la Corte afferma l'obbligo degli Stati di un'adeguata accoglienza da accertare con la massima diligenza, senza tuttavia giungere a affermare l'esistenza di un obbligo di rilascio di un permesso di soggiorno⁸⁹.

11. Dopo la missione *Mare nostrum*, condotta dallo Stato italiano per le attività di ricerca e soccorso in mare nel Mediterraneo, sono seguite le operazioni *Triton* e *Themis* di Frontex, con l'obiettivo principale del controllo delle frontiere⁹⁰. Maggiormente operative sono diventate le ONG⁹¹, i cui attivisti sono stati sottoposti a procedimenti penali prevalentemente per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁹². Occasionalmente sono state coinvolte navi commerciali, da pesca o in attività di supporto a piattaforme petrolifere. Non mancano vicende che hanno coinvolto navi di Stato⁹³.

Il salvataggio di vite umane in mare costituisce un principio del diritto internazionale che si esprime tramite due diversi e concomitanti obblighi con diversi destinatari: da un lato, sugli Stati di bandiera e sui comandanti; dall'altro, sugli

⁸⁶ Da ultimo, fra le tante, v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 10 gennaio 2017, *Salija c. Svizzera*.

⁸⁷ Il legislatore del 2020 ha ritenuto di inserire all'art. 1, Disposizioni in materia di permesso di soggiorno e controlli di frontiera: 1. Al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sono apportate le seguenti modificazioni: "a) all'articolo 5: (...) 2) al comma 6, dopo le parole: 'Stati contraenti' sono aggiunte le seguenti: ', fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano' (...)".

⁸⁸ Anche del principio di proporzionalità nell'adozione di sanzioni (art. 20, par. 4).

⁸⁹ Sentenza della Corte del 14 gennaio 2021, causa C-441/19, *TQ*, ECLI:EU:C:2021:9.

⁹⁰ C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, n. 1, p. 185 ss.

⁹¹ I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2017, n. 3, p. 22 ss.; F. FERRI, *Il Codice di condotta per le Ong e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 189 ss.

⁹² Per la responsabilità per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 12 TUI in capo alle ONG che operano soccorsi in mare, v. ad esempio il sequestro della motonave *Iuventa*, Cassazione penale, Sez. I, decisione del 23 aprile 2018, n. 56138.

⁹³ Sul caso della nave *Diciotti*, v. C. CASIELLO, M. E. VENDITTI, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE online*, 2019, p. 947 ss.

Stati costieri, di operare sistemi di ricerca e soccorso⁹⁴. Secondo la definizione della Convenzione SAR, il “salvataggio in mare” non può esaurirsi nel semplice recupero delle persone in pericolo, richiedendosi che alle persone tratte in salvo sia garantita la conduzione in un “luogo sicuro”⁹⁵. Il diritto di passaggio inoffensivo consiste nel diritto di ogni Stato di poter transitare con le sue navi (private e pubbliche) attraverso il mare territoriale straniero⁹⁶ purché tale transito sia inoffensivo, in quanto rapido e continuo⁹⁷ (ad eccezione delle attività necessarie per la navigazione ordinaria, situazioni di forza maggiore, pericolo nonché necessità di prestare assistenza a navi e aeromobili in pericolo)⁹⁸ e non arrechi pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero⁹⁹.

Il Codice Frontiere Schengen (art. 13) stabilisce che la sorveglianza di frontiera deve impedire l’attraversamento non autorizzato delle frontiere, nel rispetto dei diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo (art. 3, lett. b) e dei diritti umani (art. 4), nonché del principio di non respingimento¹⁰⁰.

Per quanto riguarda la competenza degli Stati membri per l’esame delle domande dei richiedenti asilo, la Corte di giustizia non ha mai chiarito la questione della legalità dell’attraversamento da parte delle persone soccorse in mare e sbarcate in uno Stato membro costiero (art. 13, par. 1, regolamento Dublino III)¹⁰¹. In via teorica, la condotta di ingresso nel territorio di naufraghi salvati in mare a seguito di soccorso potrebbe rientrare nell’ambito di applicazione della deroga secondo la quale “i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni (...) possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per

⁹⁴ Art. 98, paragrafi I e II.

⁹⁵ La definizione di *place of safety* viene specificata dalle Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare, adottate dall’IMO nel 2004, secondo cui il concetto si riferisce ad un luogo in cui la vita dei sopravvissuti non sia più in pericolo e dove siano soddisfatte le esigenze umane primarie, come il bisogno di cibo, di un alloggio e di cure mediche.

⁹⁶ Articoli 17 ss. Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982 (UNCLOS).

⁹⁷ *Ivi*, art. 18, par. 2.

⁹⁸ *Ibidem*, ultima parte.

⁹⁹ Per regolare il passaggio inoffensivo nel mare territoriale, lo Stato costiero può emanare leggi e regolamenti, conformemente alle disposizioni della Convenzione e ad altre norme del diritto internazionale, in merito ad una serie di materie, tra cui la prevenzione di violazioni delle leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione dello Stato costiero (art. 21). In dottrina, v. N. RONZITTI, *Il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1985, p. 33 ss.; G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990.

¹⁰⁰ Il 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, disciplina la sorveglianza delle frontiere marittime esterne degli Stati membri dell’UE nell’ambito della cooperazione operativa con Frontex.

¹⁰¹ Art. 13, par. 1, del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato 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: “Quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie (...), che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l’esame della domanda di protezione internazionale. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera”.

motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali” (art. 6, par. 5, lett. c), CFS). Tra quest’ultimi potrebbero rientrare gli obblighi internazionali di salvataggio in mare che possono considerarsi adempiuti solo a seguito dello sbarco in un POS¹⁰².

Una tesi esclude dall’ambito di applicazione dell’art. 13 del regolamento Dublino la fattispecie di migranti che siano stati salvati in alto mare da navi private, perché in tal caso l’ingresso non sarebbe riferibile ad una responsabilità dello Stato di sbarco¹⁰³, che coordina il soccorso ma non esercita un controllo *de facto* a distanza. Diversamente accadrebbe quando il contesto giuridico riguardi una nave pubblica, perché lo Stato di sbarco è tenuto a rispettare sia il divieto di *refoulement* che il criterio dell’art. 13 regolamento Dublino III ad esso collegato. In tal caso, lo Stato territoriale risponde delle attività sulla nave, ai sensi dell’art. 1 della CEDU. Le navi pubbliche (Marina militare, Guardia costiera, Guardia di finanza) godono dei diritti di tutte le imbarcazioni di Stato, tra i quali la presunzione che le persone salvate vengano sbarcate nei porti dello Stato costiero.

Il diritto di sbarco nel territorio deriva dal principio di *non-refoulement*. La Corte EDU, nelle sentenze *Hirsi c. Italia*¹⁰⁴, *Sharifi c. Italia e Grecia*¹⁰⁵, *Khlaifia c. Italia* del 2015¹⁰⁶, ha statuito che gli Stati contraenti devono rispettare il divieto di *non-refoulement* non solamente durante i controlli di frontiera, ma anche in operazioni di soccorso in alto mare¹⁰⁷. Al riguardo, occorre ricordare la tesi del tutto condivisibile secondo cui l’ingresso di una nave nel mare territoriale e nei porti di uno Stato costiero che trasporta persone soccorse in mare in adempimento dell’obbligo

¹⁰² M. CARTA, *Il criterio dello Stato di primo ingresso secondo il regolamento Dublino III in occasione degli interventi Search and Rescue (SAR)*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 2018, n. 3, p. 20.

¹⁰³ Secondo la tesi di G. CARELLA, *Inapplicabilità del regolamento Dublino III a talune fattispecie di migrazioni irregolari nel Mediterraneo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, p. 37 ss., a p. 61 ss. V. anche U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell’affaire Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell’uomo. Cronache e battaglie*, 2012, n. 2, p. 5 ss.

¹⁰⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*. La Corte EDU ha statuito che è vietato anche il respingimento indiretto. Un respingimento indiscriminato senza garanzia di accesso individuale alla procedura di asilo è stato considerato equivalente ad un’espulsione collettiva in palese violazione dell’art. 3 CEDU e dell’art. 4 Protocollo n. 4, nonché dell’art. 13 CEDU. Tra i vari commenti, v. C. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo nell’affaire Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 493 ss.; A. LIGUORI, *La Corte Europea dei diritti dell’Uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 415 ss.; A. MARCHESI, “No Area Outside the Law”: *Non-Refoulement e divieto di espulsioni collettive nella sentenza Hirsi Jamaa contro Italia*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2012, p. 282 ss.

¹⁰⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*. La Corte EDU ha condannato l’Italia per la riammissione non registrata e indiscriminata verso la Grecia, sulla base dell’accordo bilaterale di riammissione concluso nel 1999. La sentenza ha condannato l’Italia per la violazione del divieto di espulsioni collettive (art. 4 Protocollo 4 alla CEDU), del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), e del diritto a un ricorso effettivo contro l’espulsione collettiva e l’esposizione a trattamenti inumani e degradanti (art. 13 CEDU in combinato disposto con l’art. 3 e con l’art. 4 Protocollo 4). La procedura di controllo sull’attuazione della sentenza è ancora pendente davanti al Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa: v. ASGI, *Respingimenti: l’Italia ancora sotto indagine per il caso Sharifi*, 8 aprile 2020, reperibile *online*.

¹⁰⁶ *Khlaifia e a. c. Italia*.

¹⁰⁷ G. CATALDI, *L’impossibile “interpretazione conforme” del decreto “sicurezza bis” alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Questione giustizia*, 26 febbraio 2020, reperibile *online*; ID., *Audizione informale nell’ambito dell’esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, in tema di sicurezza e immigrazione*, 6 novembre 2020, reperibile *online*.

internazionale di salvare la vita umana in mare non possa mai considerarsi come attività compiuta in “violazione delle leggi nazionali sull’immigrazione”¹⁰⁸.

Nell’impossibilità di trovare un’intesa vincolante fra gli Stati membri, la Commissione ha deciso, nella raccomandazione 2020/1365 del 23 settembre 2020, di istituire un gruppo di contatto interdisciplinare nel cui ambito gli Stati membri possano cooperare e coordinare le operazioni per attuare la raccomandazione in un quadro più strutturale, affidabile e sostenibile, in linea con le competenze dell’UE e le pertinenti norme internazionali¹⁰⁹. Tale quadro dovrebbe stabilire norme specifiche per la solidarietà tra gli Stati membri e rispondere alla necessità di una cooperazione rafforzata, in particolare tra gli Stati membri di bandiera e quelli costieri. Si prevede la cooperazione con i soggetti privati che svolgono attività di ricerca e soccorso, che dovrebbe fornire informazioni adeguate sulle operazioni e sulla struttura amministrativa di tali soggetti, in linea con il principio di proporzionalità e con la Carta dei diritti fondamentali dell’UE, nonché il rafforzamento della sicurezza delle imbarcazioni.

12. La politica dei porti chiusi, formalizzata dalla riforma del 2018, imponeva il divieto di passaggio della nave nel mare territoriale, condizionando di fatto lo sbarco di persone salvate in mare al loro preventivo ricollocamento in altri Stati membri dell’Unione. Il potere di limitare o vietare l’ingresso, il transito o la sosta nel mare territoriale alle navi (ad eccezione del naviglio militare e delle navi in servizio governativo non commerciale) veniva esercitato tramite un provvedimento amministrativo del Ministro dell’interno giustificato da motivi di ordine e di sicurezza pubblica, nell’ipotesi prevista dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) di passaggio “non-inoffensivo”¹¹⁰. Tra le attività tipizzate che non consentivano di qualificare il passaggio della nave straniera come “inoffensivo” nel mare territoriale (riforma 2018, art. 19, co. 2) rientravano “il carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero” (*ivi*, lett. g)¹¹¹.

Nella riforma del 2020 tale ipotesi, oggetto di critica sia nel merito che nell’indeterminatezza del contenuto, è stata eliminata. La possibile limitazione del transito e di sosta delle navi mercantili nel mare territoriale riguarda ora solo motivi di ordine e sicurezza pubblica. Tuttavia, è prevista una deroga nell’ipotesi di navi che abbiano comunicato le operazioni alle autorità competenti nazionali o del loro Stato di bandiera seguendone le istruzioni. Negli altri casi, è prevista l’irrogazione di multe¹¹²

¹⁰⁸ Raccomandazione (UE) 2020/1365, del 23 settembre 2020, sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso.

¹⁰⁹ D.l. 53/2019.

¹¹⁰ Nella riforma del 2018 si prevedeva, in caso di violazione del provvedimento di divieto in parola da parte del comandante di una nave, una sanzione amministrativa pecuniaria, estesa all’armatore e al proprietario della nave, consistente nel pagamento di una somma particolarmente rilevante (sino ad un milione di euro) e, in caso di reiterazione, nel sequestro dell’imbarcazione.

¹¹¹ L’art. 19, par. 2, lett. g), UNCLOS considera come “pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero” il passaggio di una nave straniera se, nel mare territoriale, è impegnata, tra le altre, in un’attività di carico o scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero.

¹¹² Con una entità prevista da 10.000 a 50.000 euro.

mentre non è più previsto il sequestro dell'imbarcazione entrata in acque territoriali in maniera irregolare¹¹³.

Il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale. A seguito delle modifiche disposte dalla Camera in sede di conversione del decreto-legge, è stato reso esplicito il richiamo alla conformità con le previsioni della Convenzione sul diritto del mare nel loro complesso, incluse quindi le norme sugli obblighi di soccorso (art. 98) e gli altri "obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare".

Tuttavia, in sede di conversione, è stata introdotta una nuova fattispecie di violazione del provvedimento ministeriale, attribuendo al giudice penale la competenza in via incidentale a valutare l'atto interministeriale che ne costituisce il presupposto. Si tratta della condotta di inosservanza di atti discrezionali dall'autorità governativa competente a emanare i divieti di transito e sosta. Al contempo, il giudizio penale può diventare la sede di un sistematico controllo delle determinazioni assunte dal governo.

Particolarmente dubbia resta la legittimità della prassi delle autorità italiane di ritardare lo sbarco in un porto¹¹⁴, in relazione al diritto del naufrago ad un *place of safety* a seguito di salvataggio in mare. I giudici coinvolti nel giudizio delle singole vicende hanno fatto ricorso alle esimenti alle norme incriminatrici dei capitani e degli equipaggi o per negare i sequestri delle navi delle ONG. Una giurisprudenza articolata e qualche volta contraddittoria si è sviluppata sulla legittimità delle condotte e delle conseguenze giudiziarie penali o amministrative per il comandante e l'equipaggio delle navi che prestano soccorso umanitario ai naufraghi in mare. Sulla mancata convalida dell'arresto del comandante della nave *Sea Watch 3*¹¹⁵, la Corte di Cassazione ha convalidato l'interpretazione fornita dal GIP, sostenendo la concezione che l'obbligo di prestare soccorso in mare gravante sui comandanti delle imbarcazioni non potrebbe dirsi adempiuto se non con lo sbarco delle persone recuperate in mare in un porto sicuro. La Corte ha ritenuto esente da vizi la decisione di considerare applicabile la scriminante della condotta del comandante ai sensi dell'art. 51 c.p. per aver adempiuto al proprio dovere¹¹⁶.

Per quanto riguarda i comportamenti violenti di naufraghi per evitare di essere riportati nel luogo di fuga (Libia), l'esatto rilievo del diritto degli individui al *non-*

¹¹³ A causa del richiamo dell'art. 1102 codice di navigazione, il sistema sanzionatorio in caso di violazione dei divieti, seppur alleggerito nell'entità delle multe, appare fortemente appesantito con la previsione della pena della reclusione fino a due anni a carico del comandante dell'imbarcazione previsto da tale articolo. Le condizioni che legittimano l'intervento inibitorio sui porti e sulle acque territoriali restano sostanzialmente le stesse, ovvero i "motivi di ordine e sicurezza pubblica" (con riferimento all'art. 83 codice della navigazione).

¹¹⁴ Dal Governo Conte I si è sviluppata la prassi dei ritardi nello sbarco delle persone salvate in mare. Nella maggior parte dei casi, ai migranti è stato permesso di sbarcare solo dopo che alcuni Stati membri dell'UE hanno concordato tra loro di accettare quote dei migranti in arrivo.

¹¹⁵ Corte di Cassazione, sentenza 16 gennaio 2020, n. 6626, sulla vicenda della nave *Sea Watch 3*, conclusasi con lo sbarco del 29 giugno 2019 nel porto di Lampedusa.

¹¹⁶ L'adempimento di un dovere è una scriminante prevista dall'art. 51 c.p. che rende lecito un fatto che, di per sé, sarebbe illecito. Perché un determinato fatto possa essere scriminato, però, è necessario sussista il requisito della proporzionalità (art. 55 c.p. sull'eccesso colposo).

refoulement resta incerto, in attesa di un pronunciamento della Cassazione (caso *Vos Thalassa*)¹¹⁷.

Un'archiviazione del Tribunale dei Ministri ha concluso un procedimento per omissione di atti d'ufficio, abuso d'ufficio e omissione di soccorso in mare in relazione alla mancata concessione di un POS alla nave *Alan Kurdi*¹¹⁸. Sono ancora in corso procedimenti per la responsabilità del Ministro Salvini per sequestro dei naufraghi prima di concedere lo sbarco ad alcune navi (vicende *Gregoretti* e *Open Arms*). Il ritardo è stato giustificato in attesa della preventiva disponibilità di altri Stati membri ad un successivo ricollocamento. In quella sede, in discussione è la qualificazione della decisione del Ministro degli interni come atto amministrativo o come atto politico dell'intero Governo. In vari casi, il bilanciamento fra gli opposti interessi è apparso profondamente diverso, evidenziando così il limite del controllo "caso per caso" da parte dei giudici in ordine alla legittimità delle fattispecie legislative, che ha comportato ricostruzioni giuridiche e ipotesi di responsabilità con risultati diversi.

13. In occasione di tutti e due gli atti legislativi della riforma del 2018, il Presidente della Repubblica Mattarella ha ricordato a tutti la necessità di rispettare gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato. In questi anni, la sostanziale tenuta degli *standard* di tutela in materia si deve certamente al funzionamento dei vincoli/limiti di legittimità a livello costituzionale, sovranazionale e internazionale che le modifiche legislative hanno incontrato nella concreta applicazione da parte dei giudici.

Nell'introdurre modifiche radicali alla legislazione, la riforma del 2018 ha cercato la discontinuità con la disciplina precedente, in forza di una visione securitaria e di un incremento della capacità gestionale dei flussi migratori da parte delle autorità pubbliche. Tuttavia, la tutela dei diritti fondamentali dello straniero non è risultata radicalmente modificata in senso peggiorativo. Sembra, invece, aver mantenuto un assetto "relativamente stabile", in forza del sistema di garanzie ("gli anticorpi") dello Stato di diritto. Proprio l'interpretazione pretoria delle modifiche legislative

¹¹⁷ Per un commento alla decisione di primo grado del GUP di Trapani, cfr. L. MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2019, reperibile online; C. RUGGIERO, *op. cit.* V. Corte di appello di Palermo, sentenza del 3 giugno 2020, n. 1525, su cui si esprime criticamente L. MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sistema penale*, 21 luglio 2020, reperibile online.

¹¹⁸ Decreto del 21 novembre 2019 del Collegio per i reati ministeriali presso il Tribunale di Roma in relazione ai reati di omissione di atti d'ufficio (art. 328, co. 1, c.p.), abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e omissione di soccorso in mare (art. 1113 cod. nav.). La vicenda riguardava la mancata assegnazione di un porto sicuro alla nave *Alan Kurdi* della ONG *Sea Eye*, battente bandiera tedesca, che il 3 aprile 2019 aveva soccorso un gruppo di persone a bordo di un gommone in difficoltà in area SAR libica e subito dopo aveva richiesto (invano) alle autorità marittime italiane il permesso di attraccare in un porto della Penisola. V. F. DE VITTOR, M. STARITA, *Distributing Responsibility between Shipmasters and the Different States Involved in SAR Disasters*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2019, p. 77 ss.; C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 659 ss.; A. DI MARTINO, L. RICCI, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 99 ss.; S. ZIRULIA, *Dai porti chiusi ai porti socchiusi: nuove sanzioni per le navi soccorritrici nel Decreto Lamorgese*, in *ADiM Blog*, marzo 2021, reperibile online.

ha garantito la tutela delle persone in situazioni di vulnerabilità (a prescindere dalle tipizzazioni dei permessi di soggiorno previsti dalla legge), tramite il ricorso alla Corte costituzionale o la disapplicazione delle disposizioni in contrasto con il diritto dell'Unione.

Ai giudici spetta interpretare le due riforme del 2018 e 2020 nel contesto del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, pur nella difficoltà di una definizione a livello europeo di diritti e doveri in materia di salvataggio in mare (regolamentazione che è rimasta limitata alle operazioni Frontex)¹¹⁹, nonché di una ricollocazione obbligatoria dei nuovi arrivi, che gli Stati membri non sembrano disponibili a far discendere dall'art. 80 TFUE. Solo un'esenzione generale delle operazioni di soccorso in mare avrebbe consentito di superare l'impostazione del decreto sicurezza *bis* e attribuire una preminenza assiologica ai doveri di solidarietà e di tutela della vita umana in mare sugli interessi dello Stato costiero, come stabilito dal diritto internazionale generale e convenzionale.

Nel corso di questo lavoro, sono stati richiamati gli "approdi" del sistema multilivello dei diritti fondamentali per una migliore valutazione delle singole questioni sollevate dal tema in discussione. Nell'ambito dell'asilo, del rimpatrio e delle frontiere esterne, delle proposte del pacchetto-asilo del 2016 e di quelle del Patto sull'immigrazione e asilo del 2020, si afferma la tendenza a ridurre drasticamente i diritti fondamentali dei cittadini degli Stati terzi.

Abstract

The Constraints of Constitutional, Supranational and International Legitimacy as a Guarantee of the Fundamental Rights of Foreigners in the Italian Legal System

On the occasion of both legislative acts of the 2018 reform, President of the Italian Republic Mattarella reminded everyone of the need to respect the constitutional and international obligations of the State. In recent years, the substantial retention of the standards of protection on the subject is certainly due to the functioning of the constraints /limits of legitimacy at the constitutional, supranational and international level that the legislative changes have encountered in the concrete application by the judges.

Only a general exemption of rescue operations at sea would have to attribute an axiological pre-eminence to the duties of solidarity and protection of human life at sea, as established by international law, customary and conventional, over the interests of the coastal State.

¹¹⁹ Regolamento 656/2014.

Paolo Fois*

L'incompatibilità con i Trattati istitutivi di una auspicata riforma federalista dell'Eurozona

SOMMARIO: 1. L'opinione che auspica una riforma federalista dell'Eurozona. Opportunità di una sua valutazione dal punto di vista giuridico. – 2. La questione della compatibilità con i Trattati istitutivi di un accordo fra Stati membri volto a promuovere tale riforma, vista alla luce dell'art. 41 della Convenzione di Vienna del 1969. Differenti orientamenti al riguardo della Corte di giustizia e della dottrina. – 3. Valutazione di detta compatibilità sulla base del diritto dell'Unione: constatazione di una sostanziale concordanza fra gli orientamenti della Corte e quelli della dottrina. – 4. Perplessità circa la possibilità di estendere ad una riforma federalista dell'Eurozona i principi applicati agli accordi finora conclusi da una parte degli Stati membri. – 5. Critica della tesi secondo cui sussisterebbe una sostanziale continuità fra la differenziazione finora operata nell'ambito del diritto dell'Unione e quella conseguente all'auspicata riforma. – 6. Considerazioni conclusive sulle ragioni che inducono ad escludere la compatibilità con i Trattati di una riforma federalista dell'Eurozona.

1. L'attenzione che da lunga data la dottrina rivolge allo stimolante tema dell'"Europa a due velocità" ha fatto registrare, con il Trattato di Lisbona, una variazione su cui conviene soffermarsi. Mentre infatti per molti anni l'aspetto maggiormente analizzato risultava quello di regole differenziate, a seconda dei destinatari, nel quadro del diritto dell'Unione, dopo tale data è stata posta soprattutto la questione di una complessiva riforma istituzionale destinata a coinvolgere una parte soltanto degli Stati membri. Precedute dal ben noto discorso del 12 maggio 2000 dell'allora Ministro degli esteri Joschka Fischer all'Università Humboldt di Berlino¹, le indagini si sono concentrate sullo specifico aspetto della riforma dell'Eurozona, vale a dire di quel particolare complesso di regole che si indirizzano ai soli Stati membri la cui moneta è l'euro. Regole che, derivanti già dalla distinzione operata dal Trattato di Maastricht del 1992 fra "Stati membri con deroga" e "Stati membri senza deroga", sarebbero state ulteriormente precisate, a livello del diritto primario, dal Trattato di Lisbona del 2007. Con l'ipotizzata riforma, la sola

* Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari.

¹ In questo discorso, pur senza escludere del tutto l'eventualità di un orientamento della maggioranza degli Stati membri favorevole a "un traité institutionnel portant création d'une Fédération européenne", Fischer considerava più realistico che ad avviarsi verso l'unificazione politica fosse "un petit groupe d'États membres", una "avant-garde" cui sarebbe spettato dar vita a "un nouveau traité fondamental européen qui serait le noyau d'une constitution de la Fédération".

Eurozona tenderebbe ad assumere i caratteri di un sistema federale, vale a dire di un sistema contrassegnato dalla creazione di un'Unione politica in cui il potere di decidere le questioni di maggior rilievo verrebbe ad incentrarsi sulle istituzioni di una rinnovata Eurozona.

Particolarmente frequenti nel periodo che ha preceduto le celebrazioni per il 60° anniversario dei Trattati di Roma (25 marzo 2017) e le ultime elezioni per il Parlamento europeo (26 maggio 2019), prese di posizione in questo senso si registrano anche di recente, con riferimento agli obiettivi che dovrebbero perseguirsi con la “Conferenza sul futuro dell'Europa”². L'accento viene generalmente posto su una decisione che dovrebbe essere adottata da alcuni degli Stati membri, e non già dalla totalità degli stessi. Una decisione che secondo alcuni autori andrebbe valutata sulla scorta di un precedente dalle analogie particolarmente evidenti; quello rappresentato dalla sentenza *Pringle* del 27 novembre 2012, alla quale – come verrà più oltre precisato – vengono fatti frequenti riferimenti.

Alla luce di quanto si avrà cura di puntualizzare, non sembra peraltro che questo precedente giurisprudenziale possa con sufficiente fondamento essere invocato, così come – per restare sul piano giuridico – non potrebbe ritenersi rilevante un secondo argomento fatto valere dalla dottrina qui considerata: il fatto che una simile riforma dell'Eurozona sarebbe necessaria ed urgente per lo stesso futuro dell'Unione³. Qualora anche sulla necessità e l'urgenza di una tale riforma si potesse convenire, ciò non inciderebbe affatto sulla questione che per il giurista deve rivestire un decisivo rilievo: se, e sulla base di quali argomenti, possa considerarsi compatibile con i Trattati un accordo che una parte degli Stati membri abbia concluso per una riforma federalista dell'Eurozona.

Tenuto conto quindi dello scarso rilievo che molti autori riservano ad una questione, quella della compatibilità con i Trattati di un simile accordo, di così fondamentale importanza sul piano giuridico, è ad una sua approfondita analisi che saranno dedicate le riflessioni che ci si propone di sviluppare nel corso della presente indagine.

2. All'interno della cornice ora delineata, la prima questione da analizzare è di sapere se la compatibilità con i Trattati dell'ipotizzata riforma dell'Eurozona possa essere valutata sulla base della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, e segnatamente dell'art. 41, riguardante gli accordi di modifica di trattati

² Si vedano al riguardo: A. ARMELLINI, *La Conferenza sull'Europa, le cose che vanno chiarite*, in *Il Corriere della Sera*, 12 settembre 2020; S. POLLI, *Di fronte alle sfide del nuovo mondo serve un'Europa delle geometrie variabili*, in *IAI Affari internazionali*, 21 settembre 2020; *Ora l'Europa federale*, intervista a Giuliano Amato, in *Il Corriere della Sera*, 7 gennaio 2021.

³ In questo senso: G. ROSSOLILLO, *Un bilancio per l'Eurozona: la via verso il salto federale*, in *Il Federalista*, 2013, p. 31. Ad un'Unione “solidale e differenziata”, che “dovrebbe essere il cuore di un'Europa più stretta” fanno riferimento S. GABRIEL, E. MACRON, *Perché ci serve una doppia Europa*, in *La Repubblica*, 4 giugno 2015. La necessità di assicurare “il buon funzionamento dell'Eurozona” (segnatamente, con l'istituzione di un'Assemblea parlamentare dell'Eurozona capace di “partecipare appieno alle politiche di orientamento dell'Eurozona”) è evidenziata nell'art. 1 del *Progetto di Trattato di democratizzazione dell'Europa*, in S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Democratizzare l'Europa!*, Milano, 2017, pp. 15 e 60. Sull'esigenza di dar vita ad “un nucleo politico, ossia gli ‘Stati Uniti d'Europa’ fondati sulla zona euro” mette l'accento G. VERHOFSTADT, *Gli Stati Uniti d'Europa. Manifesto per una nuova Europa*, Roma, 2006, p. 7.

multilaterali limitatamente ai rapporti fra alcune parti⁴. In caso di risposta affermativa, si passerebbe quindi a determinare le indicazioni che possono essere tratte dall'interpretazione delle norme in discorso.

A ben guardare, alla questione ora prospettata deve essere data una articolata risposta, distinguendo fra gli orientamenti della Corte di giustizia, da un lato, e le opinioni della dottrina, dall'altro. Per quanto riguarda gli orientamenti della giurisprudenza, ci si attenderebbe a prima vista un riferimento a quanto stabilito al riguardo dalla Convenzione di Vienna all'art. 41. In effetti, l'orientamento costantemente seguito dai giudici di Lussemburgo è, come noto, nel senso dell'applicazione delle norme della Convenzione di Vienna riprodottrive del diritto internazionale generale. In quanto norme di questa natura, con particolare frequenza è stato fatto riferimento dalla Corte alle disposizioni della Convenzione sull'interpretazione dei trattati, al principio della buona fede e alla regola *pacta sunt servanda*⁵; per contro, non vi è traccia di richiami, in materia di conflitto fra accordi, all'art. 41⁶, benché sia anch'esso riprodottrivo di una norma di diritto internazionale generale⁷.

Va quindi preso atto che nella articolata giurisprudenza della Corte di giustizia riguardante i conflitti fra i Trattati e gli accordi successivi conclusi dagli Stati membri la questione dell'applicazione dell'art. 41 viene generalmente ignorata: i giudici di Lussemburgo hanno forse ritenuto che il citato articolo non fosse riprodottrivo del diritto interazionale generale, ed hanno in ogni caso ritenuto preferibile risolvere il problema del conflitto fra Trattati istitutivi ed accordi esclusivamente nell'ambito del diritto dell'Unione, nei termini che verranno in seguito precisati⁸. Né può trascurarsi, per cercare di meglio spiegare l'orientamento seguito dai giudici di Lussemburgo contrario a richiamare il già citato art. 41, il fatto che in caso di richiamo la questione

⁴ Ai fini della presente indagine, l'accento posto sull'art. 41 è giustificato dal fatto che, in termini più espliciti rispetto al precedente art. 30, riguardante l'applicazione di trattati successivi aventi ad oggetto la stessa materia, il primo contempla il caso di una parte degli Stati contraenti che intenda concludere un accordo "ayant pour objet de modifier le traité dans les relations mutuelles seulement". Va d'altra parte tenuto presente che lo stesso art. 30 stabilisce che, qualora le parti del trattato anteriore non siano tutte parti del trattato posteriore, è l'art. 41 che deve essere applicato.

⁵ Si veda in proposito P.J. KUIJPER, *The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 256 ss.

⁶ È da tener presente che anche il citato articolo andrebbe applicato tenendo conto dell'art. 5 della stessa Convenzione, secondo cui, nel caso di "qualsiasi trattato che rappresenti l'atto costitutivo di un'organizzazione internazionale e di 'qualsiasi atto in seno ad un'organizzazione internazionale'", resterebbero "ferme ed impregiudicate (...) le norme pertinenti dell'organizzazione". I Trattati istitutivi, peraltro, non prevedono deroghe alla regola generale di cui al citato art. 41.

⁷ Fatta eccezione per gli articoli aventi ad oggetto le norme di *jus cogens*, le riserve e la violenza (art. 52), la dottrina prevalente ritiene che "for the most part this convention is codificatory of subsisting and accepted customary international law" (così S. ROSENNE, *The Law of Treaties. A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leyden, 1970, pp. 90-91). Sostanzialmente in questo senso vedi R. AGO, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, in *Recueil des Cours*, 134, 1971, p. 328. Nel senso che "a customary rule of the law of treaties lays down a technique for modifying a multilateral treaty by only two or more parties to it" si veda, con esplicito richiamo dell'art. 41, R. BARATTA, *Legal Issues of the "Fiscal Compact"*. *Searching for a Mature Democratic Governance of the Euro*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 655. Sostanzialmente nello stesso senso J.-C. PIRIS, *The Future of Europe: Towards a Two Speed EU?*, Cambridge, 2012, p. 137.

⁸ Nel senso che "many of the cases seem to be based on the thought that the jurisdiction of the EC courts is limited to applying EC law (...)" vedi J. KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2009, p. 112.

della sua applicazione avrebbe dovuto essere risolta sul piano della responsabilità degli Stati contraenti l'accordo incompatibile, e non dell'inapplicabilità dello stesso⁹.

Sull'applicabilità delle disposizioni della Convenzione di Vienna, e segnatamente dell'art. 41, le opinioni della dottrina divergono dagli orientamenti della Corte. Pur nell'assenza di analisi particolarmente approfondite e di conclusioni mirate, risulta evidente il convincimento che, in linea di massima, tali disposizioni siano da considerare quando si affronti il problema del rilievo degli accordi fra una parte degli Stati membri diretti a modificare, "nelle loro relazioni reciproche", i Trattati istitutivi¹⁰. Si giunge così a riservare ampio spazio alla ricostruzione delle disposizioni della Convenzione in tema di conflitto fra trattati, partendo dal principio che "the EU is bound by international law"¹¹.

Conviene a questo riguardo precisare che un accordo ristretto relativo alla riforma dell'Eurozona dovrebbe rispettare le due condizioni di cui alla lett. b) del citato articolo, secondo cui una tale riforma non deve pregiudicare "il godimento da parte delle altre parti dei loro diritti in base al trattato né l'adempimento di loro obblighi", nonché riguardare "una disposizione, alla quale non possa derogarsi senza che ci sia incompatibilità con la realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato nel suo complesso". Ove anche una soltanto di dette condizioni non sia rispettata, l'accordo di riforma non risulterebbe invalido, ma gli Stati membri contraenti sarebbero internazionalmente responsabili della sua avvenuta conclusione¹².

3. Preso atto del silenzio della Corte di giustizia in merito all'applicabilità dell'art. 41 della Convenzione di Vienna in materia di conflitti fra i Trattati istitutivi e gli accordi modificativi conclusi da una parte degli Stati membri, conviene passare ad analizzare una giurisprudenza che risulta quindi basata esclusivamente sul diritto dell'Unione. Analisi, questa, volta a verificare se le decisioni della Corte al riguardo conducano a conclusioni divergenti a quelle che l'applicazione della Convenzione sul diritto dei trattati permetterebbe di trarre.

Costante è il principio cui la giurisprudenza in questione risulta sostanzialmente ispirata, quello secondo cui taluni Stati membri possono concludere fra loro un accordo *inter se* (segnatamente, stando alla sentenza *Pringle*, un accordo che istituisce un meccanismo di stabilità come il Trattato MES), "a condizione che gli impegni assunti dagli Stati contraenti nell'ambito di un accordo siffatto rispettino il diritto dell'Unione"¹³.

⁹ Nella sostanza, comunque, le condizioni poste dall'art. 41 per la liceità dell'accordo, che verranno in seguito precisate, non fanno registrare differenze degne di nota rispetto a quanto più volte affermato dalla Corte, secondo cui sarebbero compatibili con i Trattati istitutivi gli accordi che rispettino "il diritto dell'Unione".

¹⁰ In questo senso: G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 688.

¹¹ Così J. KLABBERS, *op. cit.*, p. 16. Lo stesso autore, peraltro, ha cura di precisare (*ivi*, p. 14), che "neither the law of treaties nor EU law have much to say about certain treaty conflict".

¹² "(...) Il n'est pas douteux non plus que l'application et même la conclusion d'un accord *inter se* incompatible avec l'objet et le but du traité peuvent poser la question de la responsabilité des États": così il Relatore speciale nel *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session*, in *Annuaire de la Commission*, 1966, II, p. 256. Si vedano in questo senso in dottrina: F. CAPOTORTI, *Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna*, Padova, 1969, p. 44; J. KLABBERS, *op. cit.*, p. 79.

¹³ Così la nota sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e altri*, punti 68 e 109. Sostanzialmente nello stesso senso, si vedano: sentenza del 27 settem-

Nell'applicazione di questo principio la Corte perviene peraltro a conclusioni differenziate, a seconda dei casi via via considerati. Così, mentre nel caso di un accordo intervenuto *fra due Stati membri* (si trattava di un accordo culturale fra il Belgio e la Germania), afferma che lo stesso “non può ostare all'applicazione del principio di parità di trattamento”¹⁴, nel caso di un accordo *multilaterale* (la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 19 giugno 1990, e più precisamente del suo art. 134¹⁵, la cui formulazione è stata poi sostanzialmente riprodotta nel preambolo del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea), la Corte propende per la compatibilità del sistema Schengen con i Trattati, ritenendo argomento sufficiente quanto in detto articolo affermato¹⁶. Anche nella già citata sentenza *Pringle* la Corte perviene alla conclusione che il Trattato MES è compatibile con una serie di disposizioni contenute nel TUE e nel TFUE; giungendovi, peraltro, sulla base di un confronto fra le norme del Trattato MES e altre disposizioni, figuranti in massima parte nel TFUE¹⁷.

Il principio della prevalenza dei Trattati e del diritto dell'Unione sugli accordi degli Stati membri *inter se* potrebbe a prima vista far propendere per una marcata affinità fra il regime di detti accordi e quello applicabile agli accordi con soggetti terzi, come chiaramente emerge per questi ultimi dai numerosi pareri emessi al riguardo dalla Corte¹⁸. Se ben si osserva, per contro, l'affinità si arresta per così dire allo stadio della formulazione del principio in parola. Mentre, infatti, per quel che riguarda gli accordi con soggetti terzi la Corte ha di regola giudicato incompatibili con i Trattati gli atti sottoposti alla sua valutazione, l'esame degli accordi *inter se* non ha dato luogo ad un analogo giudizio da parte della Corte¹⁹, che come si è notato tende invece a considerarli compatibili. E, d'altra parte, anche gli Stati membri non partecipanti a tali accordi non hanno, di regola, sollevato dubbi circa la conformità degli stessi ai Trattati.

A giudizio di chi scrive, questa diversa valutazione può spiegarsi tenendo presente che gli accordi *inter se* – aventi in buona parte la finalità di promuovere la flessibilità nell'Unione europea – sono stati finora conclusi con il consenso di tutti gli Stati membri²⁰. E quando tale consenso non sia stato manifestato anteriormente alla conclusione dell'accordo, una generale condivisione dei contenuti dello stesso discende o dalla successiva partecipazione dei restanti Stati, ovvero dalla sua “integrazione” nel diritto dell'Unione. Sussistendo queste condizioni, può agevolmente

bre 1088, causa 235/87, *Annunziata Matteucci c. Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, punto 23; sentenza del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, punto 33.

¹⁴ Sentenza *Matteucci*, punto 23.

¹⁵ “Le disposizioni della presente Convenzione sono applicabili nella misura in cui sono compatibili con il diritto comunitario”.

¹⁶ Sentenza *Commissione c. Spagna*, punto 33.

¹⁷ Si vedano, in particolare, i punti 122, 128, 147, 152, nonché il dispositivo della sentenza *Pringle*.

¹⁸ Si vedano, in particolare, i noti pareri 1/91 del 4 dicembre 1991 e, più di recente, 2/13 del 18 dicembre 2014: per la Corte, in sostanza, l'assunzione di determinati obblighi internazionali con soggetti terzi è suscettibile di ostacolare il buon funzionamento del sistema creato dai Trattati, e in definitiva l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione (parere 1/91, punti 35 e 71; parere 2/13, punti 164, 167 e 170).

¹⁹ Colpisce, nella già citata sentenza *Pringle*, il fatto che le ripetute affermazioni di compatibilità del Trattato MES con i Trattati istitutivi facciano seguito alla tesi che, in linea di principio, gli accordi *inter se* devono assicurare “il rispetto del diritto dell'Unione”.

²⁰ A questo riguardo si rinvia, per ulteriori dettagli, al nostro scritto *L'“Europa flessibile” e il consenso degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 271 ss.

comprendersi perché anche la Corte di giustizia abbia ritenuto che gli accordi in discorso, lungi dal costituire un *vulnus* per il diritto dell'Unione, contribuiscano a favorire il necessario, progressivo sviluppo del processo di integrazione europea.

È sulla base del principio formulato dalla Corte nella già richiamata sentenza *Pringle* (secondo cui alcuni Stati membri possono concludere *inter se* accordi giuridicamente vincolanti e compatibili con i Trattati, a condizione che tali accordi “rispettino il diritto dell'Unione”²¹) che la dottrina, sostanzialmente concordando con questa giurisprudenza, sottolinea la subordinazione rispetto al diritto primario degli accordi fra alcuni Stati membri, segnatamente facendola discendere da quelle clausole di tali accordi che espressamente riconoscono la prevalenza del diritto dell'Unione. Il Preambolo dell'Accordo di Schengen del 1985 e il già ricordato art. 134 della relativa Convenzione di applicazione del 1990 sono considerati particolarmente indicativi al riguardo²².

Non è privo d'interesse evidenziare al riguardo la circostanza che una parte degli Stati membri incontri precisi limiti nel definire le regole da applicare nei loro reciproci rapporti e, d'altronde, il principio informatore delle disposizioni contenute nei Trattati in tema di cooperazione rafforzata. Pur non trattandosi di accordi fra Stati membri, ma di “deliberazioni” del Consiglio in cui prendono parte al voto i soli Stati partecipanti ad una cooperazione rafforzata (art. 330 TFUE), non si può fare a meno di rilevare le evidenti affinità fra il principio affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pringle* e le condizioni poste dagli articoli 326 e 327 TFUE: rispetto dei Trattati e del diritto dell'Unione; rispetto delle competenze, dei diritti e degli obblighi degli Stati che non partecipano alla cooperazione rafforzata.

4. Filo conduttore dell'indagine condotta nelle pagine precedenti è che gli accordi conclusi da una parte degli Stati membri *inter se*, se da un lato devono rispettare i Trattati e il diritto dell'Unione, dall'altro sono stati di regola giudicati con gli stessi compatibili. Sulla scorta di detta analisi, e riprendendo quanto osservato nel paragrafo introduttivo, conviene ora chiedersi se, ed eventualmente entro quali limiti, le conclusioni ora richiamate siano applicabili anche all'ipotizzato accordo volto a promuovere un'evoluzione dell'Eurozona verso un sistema federale.

Su questo punto i fautori di una svolta in chiave federalista, mentre riconoscono l'esistenza di notevoli difficoltà sul piano politico (riconducibili essenzialmente all'opposizione di alcuni Stati membri)²³, sono in generale orientati a minimizzare quelle che si riscontrano sul piano giuridico. Si ha l'impressione che venga data per scontata la compatibilità con i Trattati e il diritto dell'Unione di un accordo volto a promuovere un'evoluzione dell'Eurozona verso un sistema federale. Stando a

²¹ Leggermente diversa è l'espressione figurante nell'art. 236, in tema di cooperazioni rafforzate, secondo cui tali cooperazioni “rispettano i Trattati e il diritto dell'Unione”. Nel corso dell'indagine, l'accento verrà posto su questa seconda espressione, che consente di meglio evidenziare il rapporto fra i Trattati istitutivi e gli accordi limitati a una parte degli Stati membri.

²² È da tenere presente anche l'art. 47 del Trattato di Prüm del 27 maggio 2005 sulla cooperazione transfrontaliera in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale: in base al par. 1 di tale articolo, “[l]es dispositions du présent Traité ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union européenne”. Nel senso che gli “inter se agreements” non devono violare il “substantive EC Law (...)” si veda J. KLABBERS, *op. cit.*, p. 205.

²³ Secondo G. VERHOFSTADT, *op. cit.*, p. 74, “alcuni Stati membri rinnegano la finalità politica del progetto europeo”, vedendo nell'Unione europea “solo una rete di cooperazione economica o – peggio ancora – una gallina dalle uova d'oro”. Si veda anche S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Bari, 2017, pp. 10-141, e le considerazioni sviluppate più oltre, al par. 5.

quanto da qualche autore precisato, la compatibilità dipenderebbe dall'*iter* prescelto per la conclusione dell'accordo: qualora, in via di ipotesi, alla sua conclusione si pervenisse a seguito di un'ulteriore modifica dell'art. 136 TFUE (dopo la modifica, in precedenza richiamata, adottata nel 2011), con l'aggiunta di un par. 4, gli Stati membri potrebbero legittimamente "dar vita ad un embrione di bilancio"²⁴. Un accordo in tal senso è ritenuto da taluni autori, oltre che realistico, addirittura conforme al diritto dell'Unione. Sarebbero due, essenzialmente, le ragioni su cui la legittimità di detto accordo sarebbe fondata: l'esistenza di un significativo precedente rappresentato dalla già citata sentenza *Pringle*²⁵; la clausola di compatibilità con i Trattati e il diritto dell'Unione che verrebbe inserita nell'accordo in discorso²⁶.

La valutazione critica delle affermazioni ora riportate è imperniata sulla mancanza di un alto livello di "prossimità" fra il Trattato MES, oggetto della sentenza *Pringle*, e l'accordo che modificherebbe in senso federale l'attuale Eurozona. Il Trattato MES, infatti, si caratterizza come un accordo concluso sulla scorta della citata decisione del Consiglio europeo 2011/199 del 25 marzo 2011, vale a dire con una procedura di revisione semplificata che, modificando le disposizioni della sola parte terza del TFUE, "non può estendere le competenze attribuite all'Unione nei Trattati". Ed è su questa base che la Corte, nel chiedersi se il Trattato MES confligga o meno con il diritto dell'Unione, fornisce una risposta negativa, soffermandosi soprattutto sulla compatibilità del Trattato MES con gli articoli 2, 3, 119, 123, 125 e 127 TFUE.

A ben vedere, invece, l'ipotizzato accordo per una riforma federalista dell'Eurozona non presenterebbe queste caratteristiche, per due ordini di ragioni. In primo luogo, non si tratterebbe di un accordo previsto dal citato art. 136 TFUE, e verrebbe quindi concluso senza il consenso di tutti gli Stati membri²⁷; in secondo luogo, sarebbe in contrasto con principi fondamentali del diritto dell'Unione, ad iniziare dal quadro istituzionale che, ai sensi dell'art. 13 TUE, dovrebbe in particolare garantire *la coerenza, l'efficacia e la continuità*²⁸ delle politiche e delle azioni dell'Unione²⁹.

²⁴ G. ROSSILLO, *op. cit.*, p. 33. Conviene peraltro osservare a questo riguardo che la già richiamata opposizione di alcuni Stati membri ad un conferimento all'Unione europea della "capacità di procurarsi risorse in modo autonomo" (così ancora G. ROSSILLO, *op. cit.*, p. 33) renderebbe difficilmente percorribile questo primo passo verso una svolta federalista, riducendo quindi la possibilità di pervenire ad un accordo fra gli Stati membri, ispirato al federalismo, ed al di fuori del sistema dei Trattati.

²⁵ Secondo la dottrina in questione, nella suddetta sentenza la Corte affronterebbe un problema "molto prossimo" a quello posto dall'ipotizzato accordo per una modifica in senso federalista dell'Eurozona (così S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 22). Nella sentenza, invero, si sarebbe stabilito che, "poiché il Trattato Mes non altera la competenza esclusiva dell'Unione in materia di politica monetaria", le stesse parti contraenti "sono legittimate a creare un'Assemblea parlamentare dell'Eurozona", con un Trattato di democratizzazione della stessa, che "non reca alcun pregiudizio alla competenza esclusiva dell'Unione europea in materia di politica monetaria" (S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *op. cit.*, pp. 24-25).

²⁶ Art. 18 del Progetto di Trattato di democratizzazione dell'Europa.

²⁷ Che, "allo stato attuale, le disposizioni dei trattati relativi all'Unione europea (TUE e TFUE) non conferiscono competenza all'Unione per stabilire un meccanismo di controllo democratico come quello previsto dal T-Dem" è del resto riconosciuto anche da S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ Conviene sottolineare a questo riguardo che l'unità del quadro istituzionale delineato dal citato art. 13 risulterebbe in tal caso sovvertita, e ciò in violazione dello stesso principio *pacta sunt servanda*, considerata che l'opposizione ad una siffatta modifica sarebbe manifestata (si veda *infra*, par. 5) da una parte degli Stati membri.

²⁹ Sul principio che "la differenziazione è integrata nel quadro istituzionale unico dell'Unione e deve sempre esserlo", si veda la già citata risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2013, lett. G)

Una volta espressamente messa in discussione l'unità del quadro istituzionale, con l'attribuzione alle riformate istituzioni dell'Eurozona di competenze che vanno ben oltre quelle stabilite dai Trattati istitutivi, non si vede francamente come, per superare un conflitto così radicale³⁰, possa venire in rilievo l'inserimento nell'accordo in questione (concluso, non va dimenticato, da una parte soltanto degli Stati membri) di una clausola che riconosca la prevalenza del diritto dell'Unione³¹. Il più volte richiamato art. 41 della Convenzione di Vienna stabilisce che la liceità di un accordo modificativo fra due o più parti di un trattato multilaterale sussiste a condizione che: non si rechi pregiudizio al “godimento da parte delle altre parti dei loro diritti in base al trattato” e all’“adempimento dei loro obblighi”; non riguardi “una disposizione, alla quale non possa derogarsi senza che ci sia incompatibilità con la realizzazione dell’oggetto e dello scopo del trattato nel suo complesso”. Detta liceità non dipende pertanto dalla unilaterale affermazione di compatibilità con il trattato principale, che l'accordo modificativo contenga.

5. Alquanto simile alla tesi ora valutata è quella secondo cui fra la differenziazione finora realizzata a livello dell'Unione europea e quella che si otterrebbe secondo il progetto di riforma federalista dell'Eurozona sussisterebbe una sostanziale “continuità”. L'Unione europea, viene sottolineato, “è già divenuta un'organizzazione differenziata, con un gruppo centrale di Stati coinvolti in un'Eurozona... e gli altri Stati collocati al suo esterno”³². Perseguendo la “strategia della continuità, che riconoscerebbe ‘dentro un ordine legale unitario’ le due organizzazioni fin d'ora esistenti (l'‘unione politica’ di tipo federale e la più ampia ‘comunità economica’)”³³, “il processo di integrazione continuerebbe ad avere il suo carattere unitario, con differenziazioni funzionali interne relativamente a specifiche politiche”³⁴.

La tesi secondo cui esisterebbe una sostanziale continuità fra la differenziazione realizzata finora e quella che si otterrebbe dando luogo ad un'unione politica di tipo federale fra i soli Stati dell'Eurozona potrebbe forse convincere, se non si frapponesse un ostacolo da molti trascurato, ma non per questo facilmente sormontabile. Mentre in precedenza l'Europa a due velocità è stata progressivamente costruita con il sostanziale consenso degli Stati membri, che hanno preventivamente consentito o successivamente accettato³⁵ una certa differenziazione, è quanto mai irrealistico, per le ragioni che verranno in seguito esposte, ritenere che si possa procedere, con il con-

dei ‘considerando’ e punto 13 della lett. B).

³⁰ Non convince affatto la tesi di chi esclude l'esistenza di un simile conflitto (S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 26), affermando che detto accordo “non intacca in nulla l'equilibrio istituzionale dell'Unione europea, in quanto il suo raggio d'azione non è quello dell'Unione europea bensì quello dell'Eurozona (...)”. La circostanza che il raggio d'azione sia diverso non comporta invero che l'accordo sia compatibile con i Trattati, le cui norme sul rapporto fra l'Unione europea e l'Eurozona risulterebbero radicalmente poste in discussione, e l'equilibrio istituzionale inevitabilmente sovvertito.

³¹ In proposito si veda l'art. 18 del Progetto del Trattato di democratizzazione della governance dell'Eurozona (T-Dem).

³² S. FABBRINI, *op. cit.*, p. 141.

³³ *Ivi*, pp. 141-146.

³⁴ *Ivi*, p. 147.

³⁵ Sul consenso che ha costantemente contrassegnato la costruzione di un'Europa flessibile” si rinvia al nostro studio *L'“Europa flessibile”*, cit., spec. p. 284 ss.

senso di tutti gli Stati membri (anche di quelli che, esclusi di fatto dal “nocciolo duro”, verrebbero inevitabilmente emarginati), ad una riforma federalista dell'Eurozona.

In proposito converrà osservare che mentre nei casi precedenti gli accordi *inter se* erano stati conclusi senza che gli Stati membri non partecipanti manifestassero una particolare opposizione (decidendo anzi, non di rado, di aderire in un secondo momento all'accordo), la progettata riforma in senso federale dell'Eurozona è vista negativamente dagli Stati membri in questione. Colpisce che ad ammetterlo siano gli stessi sostenitori del progetto, quando affermano come sia improbabile una sua condivisione da parte di quegli Stati membri “che hanno sistematicamente rivendicato un *opt-out* di politiche cruciali, ovvero che hanno ostacolato l'approfondimento dell'integrazione in nome di una loro visione eminentemente economica di quest'ultima”³⁶.

Un sensibile irrigidimento della posizione di un gruppo di Stati, segnatamente di quelli non euro, è d'altra parte del tutto comprensibile, ove si tenga conto delle numerose e profonde deviazioni rispetto alle disposizioni dei Trattati che la progettata riforma dovrebbe prevedere.

Sotto questo profilo si rivela emblematico il pensiero di Verhofstadt, che nel suo già richiamato scritto *Gli Stati Uniti d'Europa. Manifesto per una nuova Europa*, ritiene di importanza fondamentale “rifare l'Europa” con la creazione di “nuove istituzioni per una nuova Europa” e la formazione di un “vero governo europeo”³⁷. Non si tratterebbe più, in sostanza, di un'Eurozona costruita rispettando rigorosamente la cornice delineata dai Trattati istitutivi dell'Unione, ma di un sistema proprio dei soli Stati la cui moneta è l'euro, ispirato a principi nuovi, propri di un sistema federale, che si sostituirebbero a quelli che contraddistinguono i Trattati oggi in vigore.

6. Come in precedenza sottolineato, intento della presente indagine era di verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione, e in particolare con i Trattati istitutivi, di un accordo fra una parte degli Stati membri diretto a rifondare l'Eurozona su basi chiaramente federaliste. Una compatibilità da valutare sotto un profilo rigorosamente giuridico, lasciando da parte ogni considerazione circa l'opportunità, la necessità, l'urgenza di una siffatta modifica.

Al termine dell'indagine, possiamo fondatamente ritenere raggiunto un duplice risultato. In primo luogo, sono state ricostruite le regole sulla cui base va stabilita l'esistenza o meno della suddetta compatibilità. Regole che sono fondamentalmente ispirate al principio del rispetto del diritto dell'Unione, e ciò in conformità, sostanzialmente, con quanto previsto dall'art. 41 della Convenzione di Vienna del 1969, che richiede la compatibilità “con la realizzazione dell'oggetto e lo scopo del trattato nel suo complesso”. Stando alla giurisprudenza della Corte, generalmente condivisa dalla dottrina, gli accordi finora conclusi sono da considerare compatibili con il

³⁶ Così S. FABBRINI, *op. cit.*, pp. 140-141. Sulla difficoltà di ottenere il consenso degli Stati “non euro” vedi R. BARATTA, *op. cit.*, p. 653. Ritiene che, per l'opposizione di “alcuni Stati membri” anche alla previsione di un sistema di risorse proprie dell'Unione, occorra “coinvolgere solo quegli Stati che, avendo già accettato di privarsi della sovranità monetaria, vogliono dar vita a un nucleo di Stato federale”, G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 32.

³⁷ G. VERHOFSTADT, *op. cit.*, pp. 71-72. Si pronuncia a favore di un'unione federale caratterizzata da una “netta discontinuità” rispetto al potere legislativo e a quello esecutivo S. FABBRINI, *op. cit.*, pp. 152-153. Incentrato sulle particolari funzioni assegnate al Consiglio dei ministri dell'Eurozona (l'Eurogruppo) e soprattutto ad un'Assemblea parlamentare dell'Eurozona di nuova istituzione è il citato progetto T-Dem (S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *op. cit.*, articoli 6 ss.).

diritto dell'Unione, dando vita ad un sistema flessibile in cui la differenziazione è attualmente basata sul consenso di tutti gli Stati membri.

Il secondo risultato acquisito è che la compatibilità con il diritto dell'Unione è invece da escludere nel caso di un futuro accordo ristretto volto a rifondare l'Eurozona su basi federali. Sussistono invero fondati motivi dal punto di vista giuridico per ravvisare una radicale opposizione di alcuni Stati membri nei confronti di una simile svolta, che implicherebbe profonde modifiche ai Trattati istitutivi dell'intera Unione, incidendo sui diritti e sugli obblighi della totalità degli Stati membri³⁸. Di tutta evidenza, una revisione così profonda dei Trattati non potrebbe aver luogo che con decisione unanime delle Parti contraenti, conformemente a quanto previsto dall'art. 48, paragrafi 2-5, TUE.

Per contro, ritenere che modifiche consimili possano essere decise da una parte soltanto degli Stati membri, anche contro la volontà degli altri Stati, implicherebbe inevitabilmente una violazione del fondamentale principio *pacta sunt servanda*³⁹, e quindi dello stesso principio di legalità⁴⁰, al quale il diritto dell'Unione è fondamentalmente ispirato. Continuare a concepire l'Unione come una "Comunità di diritto", come giurisprudenza e dottrina, fin dal 1991⁴¹, concordemente affermano, risulterebbe allora una posizione ben difficilmente difendibile.

Abstract

The Incompatibility with the EU Founding Treaties of a Desired Federalist Reform of the Eurozone

The theme of two-speed Europe, long studied by the doctrine, has been viewed in recent years in a new perspective, following the formulation of a proposal for reform of the Eurozone on federalist bases, pursuant to an agreement concluded by certain Member States of the European Union.

This proposal, which its supporters consider necessary and urgent for the survival of the whole Union, raises the fundamental question, so far underestimated, of the compatibility with the founding Treaties of the desired reform.

In this respect, the present investigation concludes that this reform is incompatible with the Treaties and critically assesses the views that favour its compliance with Union law.

³⁸ Secondo quanto in precedenza rilevato, la modifica consisterebbe nel fatto che da un'Unione composta dagli attuali 27 Stati membri, titolari in linea di principio degli stessi diritti ed obblighi, si passerebbe ad un'Unione verosimilmente formata dagli attuali 19 membri dell'Eurozona, mentre i restanti 8 Stati sarebbero ricompresi in un girone periferico, quello di un'organizzazione economica a 27, che giuridicamente non potrebbe incidere sulle decisioni del "nocciolo duro" dell'Unione europea.

³⁹ Un aspetto, questo, che risulta ignorato nel più volte citato scritto *Democratizzare l'Europa!*. Gli autori favorevoli ad un "Trattato di democratizzazione dell'Europa" si limitano invero ad affermare come sia "sufficiente che 10 paesi dell'eurozona su 19, in rappresentanza di almeno il 70% della popolazione, ratifichino il T-Dem perché esso entri in vigore" (S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 47).

⁴⁰ Sul rapporto fra il principio di legalità e il rispetto degli obblighi derivanti dai Trattati si veda il nostro studio *Riflessioni sul principio di legalità nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 363 ss.

⁴¹ La definizione del Trattato istitutivo come "la Carta costituzionale di una comunità di diritto" risale al noto parere della Corte di giustizia 1/91 del 14 dicembre 1991, punto 21.

Maurizio Maresca*

Obbligazioni degli Stati e delle istituzioni e leale cooperazione per l'attuazione dello Spazio Unico Europeo della Mobilità. Misure e riforme in occasione del Next Generation EU (NGEU)

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Il ruolo del diritto internazionale e gli obblighi degli Stati membri derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea (articoli 3, par. 5, e 4, par. 3, TUE). Dall'obbligo di rispettare l'ordinamento dell'Unione all'obbligo di attuare le politiche dell'Unione. – 3. La pianificazione di cui all'art. 171 TFUE. La debolezza della politica dei trasporti europea ed italiana: i suoi effetti sul Mediterraneo ed in particolare sul Mezzogiorno d'Italia. – 4. La disciplina dei porti italiani rispetto alle politiche europee. I progetti e le riforme per assicurare l'attuazione delle politiche dell'Unione: una nuova *governance* che assicuri il coordinamento nazionale della portualità italiana e il Servizio di Interesse Economico Generale (SIEG). Un coordinamento nazionale. Un'Autorità centrale. Un ruolo maggiore per le Regioni. La semplificazione, la soppressione delle barriere di accesso e il SIEG. Un "campione europeo" della terminalistica. – 5. Le autostrade alla ricerca di una regola europea. La collaborazione fra governo italiano e Commissione europea per il riequilibrio dei contratti di concessione e per assicurare il SIEG. La decisione della Commissione europea 2435 del 2018. Un tentativo di riforma alla luce dell'ordinamento europeo. Il modello della cooperazione orizzontale. Gli interventi per la sicurezza, la qualità e la crescita. L'approccio doppio alla *governance* delle autostrade fra il modello della gestione privata e il modello della gestione pubblica. – 6. Rivedere il d.lgs. 50 in materia di appalti e concessioni. L'attuazione delle direttive 23, 24 e 25 in materia di appalti e concessioni. Il fenomeno del *gold plating*. Una riflessione di tendenza rispetto agli strumenti di segno pubblicistico per il governo degli appalti. Il c.d. "Modello Genova". L'uso degli strumenti dell'*in house providing* e della cooperazione orizzontale. – 7. Cenno alla politica europea dell'equilibrio modale e dell'intermodalità. Gli strumenti per un riordino dell'intermodalità. – 8. Il controllo degli investimenti diretti (FDIs).

1. Questo studio si propone di riflettere sulla politica dei trasporti del nostro Paese rispetto alle scelte dell'Unione in materia di Spazio Unico Europeo della Mobilità¹: con l'obiettivo di valutarla rispetto agli obblighi posti dai Trattati anche

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

¹ *Lo Spazio Unico Europeo dei Trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile* è stato riassunto dalla Commissione europea con il Libro bianco del 2011. V. *infra*, nota 44.

alla luce delle prospettive offerte dal NGEU². Al riguardo ci pare utile ricordare, in apertura, che, al di là delle disposizioni che provvedono – direttamente o attraverso l’“aiuto” tipico degli Stati membri – a presidiare le politiche economiche dell’Unione, in capo agli Stati stessi ed alle istituzioni grava un’obbligazione a carattere generale di attuare, cooperando lealmente, l’intera politica della mobilità, finanche attraverso il ricorso a misure (europee e nazionali) che consentano a tali politiche di produrre un risultato di successo. Infatti, il processo di integrazione europea non si realizza solo, particolarmente in questa nuova fase della vita dell’Unione (che impone coesione per rispondere alle sfide globali), attraverso le norme tipiche frutto del metodo comunitario, ma impone di valorizzare le esperienze ed il metodo offerto dal diritto internazionale classico e dalla scienza dell’organizzazione internazionale per promuovere politiche comuni da affermare in ambito globale (tanto più considerando la centralità nell’ordinamento dell’Unione del principio della collaborazione leale fra Stati membri ed istituzioni).

2. Nella ricostruzione dei rapporti fra la politica dei trasporti italiana e l’ordinamento dell’Unione europea non è dubbio che l’interesse della materia si è dedicato principalmente alle norme c.d. produttive di effetti diretti o che impongono agli Stati membri un obbligo di attuazione tipico³. Si sono studiati, in particolare, gli effetti di queste ultime norme, il loro rapporto con il diritto interno e finanche i modi di risoluzione dei conflitti di costituzionalità sia quanto al significato delle norme europee che vengono in rilievo sia per delimitare la loro operatività rispetto al diritto degli Stati membri. I principali problemi affrontati dal giudice nazionale o dalla Corte di giustizia, e la stessa azione del Dipartimento delle politiche europee, si sono quindi concentrati sulla coesistenza con l’ordinamento nazionale dell’ordinamento europeo che viene in rilievo attraverso regolamenti, direttive od attraverso disposizioni dei Trattati.

² Un commento/proposta al NGEU viene da un lavoro collettaneo di pregio pubblicato da Laterza (*Il mondo dopo la fine del mondo*, Bari, 2020); v. anche M. BUTI, M. MESSORI, *Implementing the Recovery and Resilience Plan: the Case of Italy*, Roma, 2020; A. BOITANI, E. GIOVANNINI, *Capitale, debito e piani di ripresa e resilienza*, in *La Voce.info*, 14 gennaio 2021, reperibile online; T. MONACELLI, *Nella versione 2 del Recovery Plan manca l’economia*, *ivi*.

³ Si pensi, nel caso delle strade e autostrade, alla direttiva 1999/62 del 17 giugno 1999 (*Eurovignette*) e successive modificazioni (direttiva 2011/76 del 27 settembre 2011 che modifica la direttiva 1999/62) che ha disciplinato l’accesso al servizio autostradale e previsto precise condizioni per la sua remunerazione, e alla direttiva 2004/54 del 29 aprile 2004 volta ad assicurare un elevato standard di sicurezza contro il rischio incendi nelle gallerie che superano i 500 metri. Si considerino la direttiva sui diritti aeroportuali 2009/12 dell’11 marzo 2009, che molte divergenze ha ingenerato relativamente al ruolo dell’Enac e dell’Autorità dei trasporti, il regolamento 1008/2008 del 24 settembre 2008 sul traffico aereo specificamente con riguardo alla nozione di “compagnia nazionale” – che rileva ai fini dell’accesso al mercato europeo –, il regolamento 1370 del 23 ottobre 2007 sul trasporto pubblico locale con riguardo alla nozione di “vettore interno” ed infine i regolamenti sulle Ten T 1315/2013 e 1316/20013 dell’11 dicembre 2013 che individuano le direttrici, i tracciati e i terminali ritenuti strategici dal punto di vista del diritto europeo per assicurare la coesione fra gli Stati membri intorno ad un *core network* (da realizzare entro il 2033) e ad un *comprehensive network* (da realizzare entro il 2050). Restando su quest’ultimo impianto, è utile ricordare che le infrastrutture di coesione previste dall’ordinamento europeo, spesso integrato da accordi bilaterali, devono essere realizzate senza ritardo e che, contrariamente al passato, l’Unione ha scelto di adottare gli Orientamenti di cui all’art. 171 TFUE sulla pianificazione delle opere di coesione – uno dei due segmenti della politica dei trasporti europea – con la “forma” del regolamento proprio per sottolineare il configurarsi, non solo di un obbligo a carico degli Stati, ma, addirittura, di una situazione giuridica autonomamente rilevante di sicura centralità ai fini della definizione delle politiche europee.

La spinta “neo federalista”, che è culminata con i grandi conflitti fra le corti costituzionali e la Corte di giustizia, ha di fatto indotto a sottostimare il valore più importante ed originario del diritto dell’Unione riconducibile agli strumenti tradizionali del diritto del commercio internazionale: in virtù dei quali gli Stati perseguono obiettivi comuni o affidano la gestione di questi obiettivi ad istituzioni terze. Ci riferiamo al “valore internazionalistico” del diritto dell’Unione che si segnala di particolare importanza nei casi in cui lo stesso non abbia la pretesa di produrre effetti (diretti o indotti) come, ad esempio, nel caso dei regolamenti o delle direttive ma presupponga comportamenti ad opera degli Stati. Non vi è dubbio, infatti, che, come molte convenzioni in materia di commercio internazionale (si pensi solo all’OMC, al Gatt, alla Solas ecc.) o regole promosse e gestite da agenzie internazionali (Imo o OMS) che producono norme, standard e modelli di comportamento che gli Stati membri delle diverse organizzazioni internazionali sono chiamati a rispettare e promuovere, i Trattati assegnano alle istituzioni una serie di competenze per la definizione di politiche comuni che danno luogo, talora, a norme produttive di effetti diretti, ma, spesso, a disposizioni che producono effetti puramente obbligatori (atti legislativi privi di effetti diretti) o privi di portata vincolante (comunicazioni, libri verdi o bianchi, raccomandazioni, azioni legislative ecc.) che gli Stati sono chiamati a rispettare e a “proseguire” usando gli strumenti del diritto interno. In breve con l’obiettivo di descrivere politiche che implicitamente presuppongono (ed impongono) comportamenti conseguenti e non devianti degli Stati. D’altra parte, a ben vedere, in un momento in cui si prefigurano nuove competenze in capo all’Unione in materia di politica economica per far fronte alla grave emergenza nel commercio internazionale ed al deficit di competitività degli Stati membri e delle loro imprese di fronte alla sfida proveniente dai Paesi del Far East e dalle multinazionali americane, il terreno più propizio per conseguire la politica economica europea (politica industriale, dei trasporti, dell’agricoltura, dell’ambiente ecc.) sembra costituito da una pluralità di politiche riconducibili all’ordinamento dell’Unione, spesso espresse attraverso atti atipici, o di *soft law*. Non dimentichiamo, infatti, che i Trattati europei sono, anzitutto, fonte di obbligazioni rette dall’ordinamento giuridico internazionale (del quale il diritto dell’Unione è parte integrante e dal quale è “misurato” ex art. 3, par. 5, TUE) che molto spesso, non solo non producono effetti diretti, ma neppure impongono un obbligo di adattamento tipico⁴.

⁴ Con riguardo al diritto del commercio internazionale ed alle organizzazioni internazionali v. P. PICO-NE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell’economia*, Milano, 1982; A. COMBA, *Il neoliberalismo internazionale*, Milano, 1995; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013, *passim*. Sugli atti di *soft law* v. K. C. WEL-LENS, G. M. BORCHART, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, pp. 267-321; F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993, p. 32; ID., *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità Europea*, in *Sociologia del diritto*, 1993, p. 79 ss.; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, p. 9 ss.; ID., *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 123; A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, in *Convegno annuale AIC 2005, L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, 2005, reperibile online; A. PETERS, I. PAGOTTO, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*, in *New Gov – New Modes of Governance Project*, 2006, p. 6; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 2. V. in particolare le comunicazioni in tema di *Green Deal*, di Spazio Europeo della Mobilità ecc. di cui alla nota 45.

È noto che il fenomeno dell'integrazione europea è molto cresciuto fra gli anni '70 e gli anni '90 grazie al ruolo svolto dall'art. 5 del Trattato di Roma (poi art. 10 TCE) che la giurisprudenza ha contribuito a sviluppare con l'obiettivo di rafforzare l'effettività del diritto comunitario. In differenti campi l'art. 5 ha consentito di trasformare ed estendere l'ambito dell'ordinamento europeo così che le sue norme fossero in grado di disciplinare, ad esempio, anche fattispecie originariamente non incluse nel perimetro dei Trattati per la cui disciplina si confidava tuttavia nella cooperazione leale dei singoli Paesi interessati. Il dibattito teorico sull'art. 5, e sulla sua valenza internazionalistica rispetto al suo ruolo di valvola di sicurezza all'interno ed al servizio dell'ordinamento dell'Unione, non rileva molto all'interno di questo lavoro. Non si può ignorare, tuttavia, che grazie all'art. 5, ed al principio di effettività (si pensi solo alla valutazione del diritto interno che "renda eccessivamente difficile o impossibile l'attuazione delle norme del Trattato") l'ordinamento dell'Unione è via via cresciuto fino a diventare qualcosa di molto diverso da un semplice trattato internazionale; per di più connotato da un ambito dai confini variabili il cui perimetro è destinato a dipendere dalle esigenze di politica economica dell'Unione sul piano globale⁵.

Certamente l'art. 4, par. 3, TUE, introdotto con il Trattato Lisbona, è andato oltre l'art. 5 quando afferma che gli Stati "adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione". Inoltre, gli stessi "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"⁶. Si tratta, in breve, di una obbligazione "aperta", e cioè di un obbligo degli Stati, motivato da un clima di fiducia, dello stesso segno, dal punto di vista qualitativo, di quelli gravanti sugli Stati in genere verso le istituzioni internazionali: tutti, Stati membri e Unione, chiamati a conformarsi alle norme dei Trattati. Se si legge il capoverso del punto 3 dell'art. 4 è evidente che l'ordinamento comunitario va oltre l'obbligo di riconoscere e rispettare il diritto internazionale di cui all'art. 3, par. 5, TUE⁷ perché addirittura vincola l'Unione e gli Stati ad un obbligo di *facere* e quindi, non solo ad astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo l'attuazione dell'ordinamento europeo e la realizzazione degli obiettivi dell'Unione medesima, ma anche ad adottare le misure, norme, riforme ragionevoli e necessarie per l'affermazione delle politiche dell'Unione. Più precisamente l'art. 4, par. 3, TUE non offre

⁵ È difficile ricordare la dottrina che ha affrontato il tema della cooperazione leale: un principio che, va ribadito, caratterizza il diritto dell'Unione e che oggi funziona anche senza necessariamente presidiare una specifica norma dei Trattati. Dalle originarie letture "internazionalistiche" (cfr. R. MONACO, *Caratteri istituzionali della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 9 ss.; M. UDINA, *Sull'efficacia delle norme della Comunità economica europea nell'ordinamento italiano*, in *Diritto internazionale*, 1961, p. 127 ss.; R. QUADRI, *Art. 5*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1965, p. 53 ss.) alle specificazioni, sempre risalenti ai primi anni '70, fino allo sviluppo più recente che si connota per il fondamento del principio di effettività (v. *infra*, n. 8).

⁶ Art. 4, par. 3, TUE. La norma configura sostanzialmente un doppio obbligo: quello del rispetto del diritto dell'Unione, come esso si profila per effetto di tutte le sue modificazioni nel tempo, e quello, diverso ed ulteriore, della leale cooperazione perché le istituzioni dell'Unione possano svolgere la loro funzione.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988, causa 204/86, *Repubblica ellenica c. Consiglio delle Comunità europee*.

solamente una modalità rafforzata di attuazione delle norme europee positivamente desumibili dai Trattati e dalle norme derivate dell'Unione⁸, ma ribadisce anche l'obbligazione ulteriore, non frequente nel diritto internazionale⁹, a carico degli Stati e delle istituzioni di assicurare il successo delle politiche dell'Unione attraverso tutte le disposizioni necessarie per conseguire il risultato¹⁰. Ed è appena da sottolineare come, per conseguire questo obiettivo, più che mai attuale – giova ripeterlo – alla luce della situazione emergente dalla comunità internazionale, gli Stati e l'Unione sono tenuti (a) all'obbligo di riconoscimento dell'ordinamento dell'Unione acciòché sia garantita la prosecuzione degli effetti degli ordinamenti estranei anche all'interno dei singoli Stati membri ispirato al principio della buona fede ma anche, ed è questo l'elemento strategico da considerare quando si tratta di riforme da porre in essere in Italia (b) all'obbligo di porre in essere ulteriori azioni di legislazione o di amministrazione pubblica per consentire il successo delle politiche dell'Unione.

Obbligazioni che, inoltre, per l'art. 4, par. 3, TUE, sono presidiate da un onere di collaborazione leale: che va al di là della buona fede desumibile dai principi del

⁸ Così, forse, si comprende anche il ruolo che la legge 24 dicembre 2012 n. 234 attribuisce al Parlamento italiano ed al Dipartimento delle politiche europee. Non tanto, come purtroppo una lettura riduttiva e tecnicistica del diritto europeo ha sollecitato, l'attuazione delle direttive e delle altre norme dei Trattati, ma, ben oltre, l'attuazione dell'ordinamento europeo nel suo complesso e l'adozione delle misure che consentono all'Unione di affermare i propri fini. Condividere l'indicata teoria significa attribuire all'ordinamento europeo un ruolo costituzionale molto importante in quanto funzione della garanzia di attuazione degli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione, da un lato, ma anche di costante integrazione dell'ordinamento nazionale per il compimento delle riforme necessarie nei singoli campi. Su questi temi v. P. DE PASUALE, M. CARTABIA, C. IANNONE, *Art. 4 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 28 ss. Così A. TIZZANO, *Le competenze della Comunità*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1981, p. 45 ss.; V. CONSTANTINESCO, *L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in F. CAPOTORTI ET AL. (dirs.), *Du Droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 97 ss.; M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E.*, *Recherche sur les obligations de fidélité des états membres de la Communauté*, Paris, 1994; M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014; E. N. EFRAMI, *Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 223 ss.; M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2020, p. 9 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 8 ss. V. inoltre M. MARESCA, *Comunità di diritto, leale cooperazione, crescita. Materiali ed ipotesi ricostruttive dell'Unione Europea*, Torino, 2016; F. CASOLARI, *Leale collaborazione tra Stati membri e Unione Europea*, Napoli, 2020. Di recente v. il bel lavoro di F. BATTAGLIA, *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020, reperibile online. Se il tema dei rapporti fra diritto dell'Unione e diritto internazionale ancora oggi presenta vari aspetti di scarsa chiarezza (ad esempio non convincono alcune letture della Corte di giustizia sulla efficacia diretta del Gatt, dell'Omc e della stessa Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare come quelle del 12 dicembre 1972, causa da 21 a 24/72, *International Fruit Company*, del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, del 3 giugno 2008, causa C-309/06, *Marks & Spencer*, e del 15 marzo 2012, causa, C-135/10, *SCF*) non vi è dubbio che in principio "l'Unione contribuisce alla rigorosa osservanza del diritto internazionale" (art. 3, par. 5, TUE) ed è quindi vincolata dalle norme internazionali consuetudinarie, inclusa la Convenzione di Vienna sui trattati (sentenze della Corte di giustizia del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *A. Racke GmbH & Co*, del 25 febbraio 2010, causa C-386/08, *Firma Brita GmbH*, e del 16 ottobre 2012, causa C-364/10, *Ungheria c. Repubblica slovacca*).

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1983, cause riunite 205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH e altri c. Repubblica federale di Germania*.

¹⁰ F. BATTAGLIA, *op. cit.*, e la numerosa giurisprudenza citata.

diritto internazionale e che preferiamo tenere distinte rispetto al loro contenuto concreto. Collaborazione che significa, anzitutto, che le istituzioni e gli Stati membri devono costruire insieme le soluzioni normative ed applicative ed affrontare, se del caso, le divergenze per costruire una politica comune. *Riconoscimento* (del diritto dell'Unione), *adempimento* (in buona fede), *obbligazione* (di *facere*) per assicurare il successo delle politiche dell'Unione costituiscono la triade intorno alla quale ricostruire l'atteggiamento degli Stati e delle istituzioni e la *collaborazione* (*leale*) nei confronti dell'ordinamento europeo. È vero che gli Stati membri sono ancora in concorrenza fra loro in assenza di una uniformità della disciplina applicabile; ed è anche vero che, negli anni recenti, alcuni di essi hanno profittato molto delle inadeguatezze degli altri meno strutturati nella competitività dei loro sistemi. Ma proprio in una difficile fase della vita dell'Unione va riscoperta e sottolineata la selezione tridimensionale della cooperazione gravante sugli Stati membri e sulle istituzioni, oltretutto comune all'esperienza internazionalistica¹¹.

Il che non significa, ovviamente, che il diritto europeo che viene in rilievo senza una forza propria di incidenza, ed alla stregua del diritto internazionale dell'economia classico, non resti nondimeno ad ogni effetto... diritto europeo: e la sua violazione non determini, ad esempio, comunque, le conseguenze proprie della violazione dell'ordinamento europeo e non dia luogo a una procedura di infrazione, che spetta alla Commissione europea coltivare, o all'azione di responsabilità nei confronti dello Stato o delle istituzioni inadempienti ove la mancata collaborazione determini conseguenze per i singoli sussistendo ovviamente le condizioni di cui alla giurisprudenza *Brasserie du Pecheur*¹².

Riassumeremo di seguito alcuni temi critici che inducono a ritenere un disallineamento costante fra le scelte poste in essere dal nostro Paese e le politiche della mobilità dell'Unione. È arduo non rilevare al riguardo che gran parte della politica nazionale dei trasporti, nella sua complessità ma anche considerando le singole misure, palesi l'insufficienza cronica del nostro Paese, e della Commissione europea, ad attuare la politica economica (delle infrastrutture e dei trasporti) dell'Unione. Si pensi solo, per esemplificare, alle norme in tema di pianificazione, di mercato unico, di coesione territoriale, di Servizio di Interesse Economico Generale e di tutela dell'ambiente: politiche che pongono agli Stati membri ed alle istituzioni dell'Unione un obbligo di promuovere lo Spazio Unico Europeo della Mobilità tale da presentare una specifica fisionomia.

3. Iniziando la riflessione dalla politica di mobilità dell'Unione, anzitutto viene in rilievo la cronica inosservanza del nostro Paese, consentita – quando non avallata – dalla Commissione europea, riguardo alle scelte sulle reti transeuropee.

Se è assai dubbio che gli Orientamenti di cui all'art. 171 TFUE in tema di reti transeuropee dei trasporti, malgrado assunti con il regolamento 1315 del 2013, producano davvero effetti diretti, è difficile contestare che gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione siano chiamati a conformarsi a quelle politiche restando

¹¹ Interessante è la vicenda della Brexit rispetto all'art. 4, par. 3, TUE. Non vi è dubbio che il Regno Unito è tenuto al riconoscimento alla cooperazione leale ed al perseguimento di una politica comune dell'Unione fino a che la procedura di recesso non sarà completata. Sul punto v. C. CURTI GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea*, in *Federalismi*, 10 febbraio 2021, reperibile online.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/98, *Brasserie du pêcheur*.

liberi di ricorrere alle misure necessarie¹³. È sufficiente ricordare come, al di là di una politica italiana refrattaria ai temi della politica europea dei trasporti, coltivata nel periodo fra il 2018 ed il 2020 (si ricorderanno le polemiche sul rifiuto del nostro Paese di attuare il regolamento 1315 con riguardo ai collegamenti europei internazionali come la Venezia-Lubiana, la Milano-Genova, che introduce ai trafori del Ceneri e del Gottardo, e specialmente alla devastante polemica sulla Lione-Torino e sulla c.d. analisi costi benefici), il nostro Paese sia sempre stato disattento alla pianificazione europea. Ha certo “profittato” delle disposizioni dell’Unione (e delle provvidenze previste specificamente dall’ordinamento europeo); ma, a ben vedere, solo per attuare i collegamenti domestici (ad esempio la c.d. alta velocità tra Torino e Venezia e fra Milano e Napoli), senza investire né sulle relazioni internazionali né tantomeno sul Mediterraneo, e cioè sull’area economica che in qualche misura il nostro Paese è chiamato a sviluppare in quanto servito da almeno quattro corridoi verticali previsti dal regolamento 1315 e dalle disposizioni precedenti adottate *ex art.* 171 TFUE. Di fatto, così, non sono state sviluppate le tratte transfrontaliere in termini paragonabili ai Paesi confinanti interessati alle medesime infrastrutture. Forse si è connessa l’Italia, per usare uno slogan segno di una delle troppe epoche del nostro Paese¹⁴; certo non si è connessa l’Italia con l’Europa. È difficile negare che la pianificazione nazionale non è mai stata attenta a quella europea proprio sotto il profilo della sua idoneità a servire il mercato unico ed a promuovere coesione.

Dietro a questa tendenza di segno “autarchico” non è difficile scorgere i postumi di vecchie teorie di segno nazionalista che, partendo dalla nozione di “autonomia”, si sono riconvertite verso la nozione di “specialità del diritto marittimo” evidentemente con l’obbiettivo di disarticolare il bene porto dalle direttrici infrastrutturali comuni, di sottrarlo nella massima misura possibile alla disciplina del diritto europeo¹⁵ e conseguentemente di minare la unità di regolamentazione di queste infrastrutture. Ne è derivato l’isolamento del Mediterraneo dai Paesi europei sia con riguardo alle merci sia con riguardo alle persone. E ciò quando i Paesi vicini, interessati ai medesimi corridoi hanno sviluppato velocemente una politica infrastrutturale impostata sulla mobilità europea. La Svizzera ha realizzato dal 2000 al 2019 ben tre opere strategiche sull’asse Reno-Alpi, e cioè i tunnel del Gottardo, del Loetcheberg e del Ceneri, e si appresta ad un programma molto aggressivo sulla direttrice Est/Ovest (parallela al corridoio Mediterraneo, in coincidenza con le distinzioni dell’Italia per quanto attiene alla Lione-Torino) e sul Corridoio Reno-Alpi oltre Basilea (così rendendo sempre più competitivi i porti del Nord Europa a danno dei porti del Mezzogiorno). La Francia non ha esitato a proseguire sulla base del regolamento 1315 e delle intese

¹³ A. PREDIERI, *Gli orientamenti sulle reti europee*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1997, p. 569 ss.; A. PREDIERI, M. MORISI, *L’Europa delle reti*, Torino, 2001, p. 43. Oltretutto non tenere conto del diritto europeo, non solo costituisce inosservanza della *jurisdiction* europea (rinviando al nostro *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero*, Milano, 1990), ma rileva anche sotto il profilo della legittimità interna dell’atto amministrativo e della possibile responsabilità per danno erariale.

¹⁴ E. CASSETTA ET AL., *Commettere l’Italia*, Milano, 2018.

¹⁵ Per tutti v. S. M. CARBONE, *La disciplina giuridica del traffico marittimo*, Bologna, 1982. Conferma invece l’orientamento tradizionale espresso nel caso *Porto di Genova* ed in molte altre occasioni la recente decisione resa dalla Corte di giustizia l’11 febbraio 2021 nelle cause riunite C-407 e 417/19, *Katoen Natie Bulk Terminals e General Services Antwerp*, che precisa le condizioni subordinatamente alle quali sia possibile limitare l’accesso al lavoro portuale nei porti europei.

con l'Italia¹⁶ a strutturare la tratta fra Lione e Torino. La Slovenia, sulla base di una intesa con la Commissione europea, ha investito le sue risorse del programma CEF sulla realizzazione della base del corridoio Baltico-Adriatico fra Capodistria e Divaca e contemporaneamente sta raddoppiando la capacità contenitori del porto di Capodistria (mentre di realizzare il collegamento Trieste-Lubiana di Corridoio Mediterraneo non si parla). L'Austria, dopo aver realizzato nei primi anni 2000 il miglioramento dell'asse dei Tauri (essenziale per mettere in collegamento i porti del Nord adriatico con la Baviera), prosegue a lavorare sui tunnel del Brennero, del Koralm e del Semmering.

Così, mentre lo Spazio Europeo della Mobilità si integrava con gli interventi citati, al Nord si costruiva il Tunnel sotto la Manica, lo Storebaelt fra Copenaghen e Nyborg e addirittura si avviano i lavori di un nuovo tunnel da mettere in esercizio nel 2029 fra la Danimarca e lo Schleswig Holstein attraversando il Femahn Belt. Tutti investimenti previsti dagli strumenti di pianificazione europei che cambiano il mercato ed assicurano crescita e coesione togliendo dalla strada grandi quantità di traffico. In breve, malgrado il regolamento 1315 contenga misure da decenni incluse negli atti pianificatori precedenti, per assicurare la coesione e lo sviluppo del mezzogiorno d'Europa (del Mediterraneo e del meridione italiano), la rete italiana non è ancora pronta né in procinto di essere terminata. E se imprese e comunità che operano sulla stessa rete avessero confidato nella realizzazione di questa politica di segno europeo certamente avrebbero subito un pregiudizio grave.

È difficile un esame della patologia nei casi sopra indicati. Perché, se è vero che l'Italia non ha certo privilegiato l'attuazione delle politiche di mobilità dell'Unione e l'attuazione dello Spazio Europeo della Mobilità, è anche vero che questo comportamento è stato costantemente tollerato, quando non condiviso, dalla Commissione europea. E, anzi, proprio la Commissione europea non ha esitato a consentire che il nostro Paese andasse attuando assai più il suo spazio domestico che lo spazio europeo. Il solo fatto che l'Unione abbia concorso alla realizzazione di infrastrutture totalmente interne senza, ad esempio, curarsi che i corridoi fossero attuati anche, o magari prima, in funzione della coesione europea, induce a ritenere che il disagio non sia solo dovuto al nostro Paese ma anche ad una difficoltà di condivisione con la Commissione europea. E, come in precedenza si osservava, l'obbligo di cui all'art. 4, par. 3, TUE di attuare le politiche dell'Unione grava identicamente sugli Stati membri e sulle istituzioni dell'Unione.

Strettamente coordinata con l'osservazione che precede è la nota carenza di una politica dei traffici sui corridoi di cui al regolamento 1315. Le norme di cui agli articoli 171 ss. TFUE e quelle in materia di *single market* non si prefiggono solo di promuovere infrastrutture e collegamenti, ma, assai di più, presuppongono da parte degli Stati membri comportamenti conseguenti: e cioè l'adozione di misure nazionali e di politiche volte a promuovere i traffici e gli scambi di passeggeri e di merci sulle infrastrutture di cui al regolamento. Realizzare opere ha un senso se gli Stati membri sviluppano le necessarie politiche di traffici per promuovere competitività e benessere. Guardiamo al traffico merci. Come vedremo, nessuno dei porti italiani serve i territori oltre le Alpi pur facenti parte del loro mercato geografico rilevante

¹⁶ Si considerino da ultimo l'Accordo del 24 febbraio 2015 ed il Protocollo dell'8 marzo 2016 che individuano le modalità di realizzazione dell'opera, il ruolo del gestore pubblico dell'infrastruttura e il regolamento di attuazione.

(si pensi alla Baviera che è principalmente servita da Amburgo o Rotterdam collocati a 900/1000 chilometri invece che da Trieste e Genova, collocate a 400/500 chilometri). Si pensi anche ad alcuni collegamenti passeggeri: per raggiungere Lubiana da Udine (distanza 150 chilometri) occorrono circa cinque ore, per collegare Lione e Torino (300 chilometri) occorrono 8 ore e per raggiungere Genova da Nizza (200 chilometri) occorrono 3 ore. Quanto sopra in presenza di un articolato contesto di alleanze europee e dopo oltre venti anni dall'avvio di una politica europea della mobilità! È evidente che la politica di coesione europea non ha funzionato in larga misura perché alcuni paesi, e l'Italia più degli altri, non hanno seguito le scelte dell'Unione. È di tutta evidenza quindi che, al di là dell'obbligo di realizzare le opere di cui al regolamento, costituisce una precisa obbligazione degli Stati promuovere con le opportune misure i traffici che queste infrastrutture consentono di svolgere la loro funzione di coesione e mobilità.

4. Se si pensa alla politica nazionale dei trasporti rispetto alle scelte dell'Unione, ed alla sua evidente debolezza, il comparto della portualità acquista particolare significato. Infatti, ad una prima verifica, emerge come i porti del Mezzogiorno d'Europa giochino un ruolo davvero marginale nello scenario dei traffici europei. Su alcuni di essi l'Unione europea ha fatto affidamento prevedendo ben tre corridoi europei verticali (Brennero, Gottardo e Tarvisio) e un corridoio orizzontale (Lione-Budapest) che avrebbero dovuto trovare base in una serie di porti nazionali. Nessun porto italiano si avvicina agli standard dei porti del Nord Europa, dove sono invece saldamente collocate le basi strategiche di traffico. Addirittura, i porti italiani non riescono a servire neppure la parte più prossima del loro mercato rilevante dal punto di vista geografico: e quindi non la pianura padana, dove il traffico dai/ai porti del *northern range* (Amburgo, Anversa/Zeebrugge e Rotterdam) è in costante aumento, ed evidentemente neppure i ricchi mercati della Baviera e del Baden-Württemberg, pure molto vicini, ma che gravitano sui porti del Nord Europa. La ragione di questo deficit di competitività è costituita dalla sussistenza di una pluralità di porti, tendenzialmente piccoli, molto corporativi, poco collegati alle infrastrutture ferroviarie ed in forte concorrenza fra loro: oltre che ovviamente dal ritardo nella realizzazione delle infrastrutture necessarie. Ma ha contribuito anche una *governance* non efficiente della portualità.

Come è noto, la legge 84 del 1994 da una parte prevede la separazione fra l'azione di amministrazione e regolazione pubblica (affidata all'Autorità portuale) e la gestione delle infrastrutture portuali (svolta dal terminalista) e, dall'altra, abroga alcuni istituti risalenti del codice della navigazione (come la riserva del lavoro portuale di cui all'art. 110 cod. nav.), ritenuti in contrasto con il principio della libera prestazione dei servizi¹⁷. Parallelamente, proprio negli stessi anni, sulla base di una intesa fra il Ministro Andreatta ed il Commissario europeo Van Miert, l'Italia si impegnava a cedere l'intera sua flotta pubblica facente capo a Finmare (Italia di Navigazione, Lloyd Triestino, Adriatica, e Tirrenia) così uscendo dal mercato dello *shipping* (il che ha prodotto un effetto anche sull'armamento privato). Questa situazione, se configura una rinuncia del nostro Paese a perseguire obiettivi di crescita e di competitività, precludendo lo sviluppo di "campioni europei" di origine italiana (come invece è avvenuto nell'energia, nella cantieristica e, nel caso delle tecnologie,

¹⁷ S. M. CARBONE, *I porti italiani e l'Europa*, Milano, 2019.

con Eni, Enel, Leonardo e Fincantieri), non ha prodotto neppure – a ben vedere – una forte capacità di regolazione ed amministrazione pubblica (che sarebbe stata, invece, da attendersi da una Paese che puntava tutto sulla regolazione del mercato). Certo oggi non c'è una impresa a guida italiana nella terminalistica, e pochissime nello *shipping*, in grado di incidere sulle politiche globali sui traffici.

Il primo elemento della debolezza mostrata dal nostro Paese in tema di politica dei trasporti nel comparto della logistica portuale è dato dalla difficoltà a costruire e mantenere una visione d'insieme, sia sotto il profilo della pianificazione (scelta delle infrastrutture da privilegiare), sia sotto il profilo delle alleanze e delle strategie: una politica dei trasporti che l'Italia fatica a mettere insieme – e spesso implicitamente “delega” alle forze dell'economia – prevedendo investimenti a pioggia senza un criterio complessivo sul ruolo dei singoli porti, e, quindi, correndo il rischio di realizzare infrastrutture (*rectius* di mettere risorse) di dubbia utilità.

In secondo luogo, il mercato è sostanzialmente diviso fra pochi grandi operatori in grado di promuovere traffico strategico: imprese che, essendo presenti in una molteplicità di Paesi, anche in concorrenza, e talvolta in una molteplicità di mercati merceologici, non si possono porre per definizione l'obiettivo del perseguimento dell'interesse nazionale. Le autorità portuali sono in genere deboli rispetto a questi operatori. Di più, come succede in tutti i comparti delle infrastrutture, le imprese *incumbent* giustamente proteggono e promuovono il loro investimento. Talvolta la presenza di specifiche clausole contrattuali, in altra occasione il richiamo al principio della certezza del diritto, che certo ispira lo sviluppo dei vari “piani economici e finanziari” che accedono ai contratti di concessione, impediscono e/o rallentano il cambiamento delle linee di politica dei trasporti dello Stato.

In terzo luogo, la legge 84 è frutto di un “peccato originale” che si trascina senza che probabilmente sia stato adeguatamente compreso. È noto che questo intervento, davvero di sistema, nasce a seguito della sentenza della Corte del Lussemburgo c.d. *Porto di Genova*¹⁸ che avrebbe indotto alla costituzione di una serie di autorità pubbliche di controllo, e forse regolazione, per assicurare il buon funzionamento di un mercato che proprio la sentenza medesima ha ritenuto coincidere con l'ambito portuale di cui all'art. 5, l. 84 del 28 gennaio 1994. In breve, il legislatore italiano si è “affannato” a superare una serie di istituti risalenti del codice della navigazione in nome della necessità di assicurare che la concorrenza nel mercato rilevante (*ex* art. 85 TCEE) fosse presidiata da un organo pubblico al quale addirittura era precluso – caso forse unico nel nostro sistema – di svolgere un ruolo operativo (art. 6). Ma la realtà è, oggi, e certo anche nel '94, molto diversa. Almeno in alcuni comparti della logistica (si pensi al traffico container, quello forse più qualificante), il mercato rilevante non coincide certo né con la circoscrizione e neppure con l'ambito portuale, essendo evidente che, con riguardo ai traffici di corridoio orientati sui valichi alpini, molti porti del Mediterraneo sono assolutamente sostituibili e quindi in concorrenza. Fra Capodistria e Ravenna, infatti, può dirsi vi sia assoluta sostituibilità se si tratta di servire il corridoio del Brennero o quello del Tarvisio: e non può escludersi, rispetto al mercato rilevante in questione, un ruolo importante anche dei porti di La Spezia, Livorno e persino Taranto (quest'ultimo terminale va considerato particolarmente tantopiù se le scelte di investimento del nostro Paese fossero davvero ispirate agli

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*.

obiettivi di coesione, al cui perseguimento è orientato anche l'art. 171 TFUE – e giova appena ricordare che anche il nostro Paese ha qualche problema di coesione da risolvere se si pensa al ruolo del suo Mezzogiorno). Così, nel Nord-Ovest, fra Livorno e Savona tutti i terminali contenitori sono ampiamente sostituibili se si ha riguardo al traffico verso il corridoio Reno-Alpi. Il punto è che, se viene meno la costruzione del mercato geografico rilevante come offerta dalla Corte europea nel caso *Porto di Genova*, entra in crisi gran parte della funzione delle autorità portuali: che restano enti pubblici, ovviamente incapaci di disciplinare il mercato, unicamente preposti alla amministrazione pubblica degli spazi portuali ed al controllo del loro utilizzo. Anzi, le stesse autorità portuali entrano in questo modo in conflitto posto che i vari porti sono in concorrenza. Pare che, se così è, le autorità portuali di cui alla legge 84 si trasformino in enti pubblici a sostegno delle imprese locali e del territorio: un obiettivo che perseguono attraverso una intensa azione di marketing territoriale, l'affidamento in concessione delle infrastrutture e i controlli posti in essere. Ma allora vi è da domandarsi se questi enti pubblici, non più di governo del mercato, non “scadano” ponendosi alla stregua di agenzie di sviluppo locali che realizzano gli interessi delle imprese del territorio. Una riflessione da prendere in considerazione quando si discute del profilo di impresa dell'autorità portuale alla luce dell'art. 101 TFUE¹⁹.

In breve, la portualità italiana è costituita da una serie di porti nessuno dei quali competitivo nello scenario della logistica internazionale ed oltretutto non ben regolati. Certo ha senso una portualità che valorizzi i mercati delle crociere e dei traghetti attraverso piccoli porti che servono un mercato minimo. Ma se si pensa alla mobilità europea ed al traffico di corridoio, destinato ad alimentare l'Europa, che richiede massicci investimenti in infrastrutture portuali, retroportuali e *inland*, la portualità italiana è disarticolata.

Se si ritenesse che il Mediterraneo italiano ha spazio per essere competitivo anche per la politica dei trasporti europea, evidentemente impostata sui corridoi mediterraneo, scandinavo-mediterraneo, Reno-Alpi e baltico-adriatico, occorrerebbe elaborare alcune scelte di politica dei trasporti fra le autorità italiane ed europee alla base delle quali si collochi una coraggiosa pianificazione delle basi ferroviarie/portuali essenziali per servire le direttrici europee (che non possono certo essere numerose, non avendo oltretutto la ferrovia la capacità di servire con efficienza una molteplicità di punti del sistema)²⁰.

Per servire l'Europa, ed essere davvero parte della politica europea, occorre allora individuare con urgenza alcuni sistemi portuali²¹ eccellentemente serviti dalla

¹⁹ Sorprende molto il dibattito sulla natura dell'autorità portuale come impresa *ex art.* 101 TFUE. Come è noto la Commissione europea ha adottato una posizione sostanzialmente condivisa dalla giurisprudenza italiana e dalle stesse autorità di regolazione. Il governo italiano è pervenuto ad una intesa (accordo Vestager-Delrio del 5 luglio 2017) nel senso di tenere distinte le attività di impresa, pienamente soggette a imposizione, dall'attività autoritativa.

²⁰ Premesso, peraltro, che in genere i porti italiani dispongono già oggi di numerose infrastrutture sicuramente eccedenti la necessità del sistema è buona regola, in linea di principio, non mettere risorse su infrastrutture delle quali non vi sia comprovata necessità alla luce di una precisa politica dei trasporti europea da attuare e di comprovate attese di traffico. Di seguito ci limitiamo ad indicare quelle che paiono le necessità strategiche risultanti dalle scelte poste in essere dall'Unione. E quindi a prendere in esame i sistemi portuali del Tirreno e dell'Adriatico.

²¹ La parola “sistema” qui è intesa, non in senso politico, ma in senso economico e giuridico: e cioè come area i cui impianti sono in concorrenza fra loro e che si presentano sostituibili agli occhi degli

ferrovia che svolgano il ruolo di porti *gateway* o porti corridoio: che raccolgano cioè il traffico dai diversi punti del sistema. Questa scelta non può non essere condivisa dai grandi operatori di traffico con i quali è necessario lo Stato stipuli le opportune alleanze. Il che non significa ignorare gli altri porti nazionali, che certamente hanno un mercato importante sia nel campo della logistica, sia nel campo delle autostrade del mare, ma davvero creare un sistema in grado di spingere i traffici da/verso i mercati europei del Sud. La scelta delle infrastrutture da realizzare e da finanziare con il NGEU dipende, quindi, dalle esigenze del sistema e non da logiche spartitorie consuete fra aree regionali usando progetti vecchi e magari già bocciati.

Se si vuole imprimere una spinta nel segno dello Spazio Unico Europeo della Mobilità, e giustificare l'uso delle risorse del NGEU, occorre una riforma organica della portualità e della logistica nazionale concordata con la Commissione europea in base al principio di leale cooperazione sopra ricordato e coinvolgendo almeno le direzioni generali della concorrenza, del mercato e della mobilità²².

Per conseguire una politica dei trasporti e della logistica coerente con gli impegni europei occorre governare meglio i vari sistemi portuali come un *unicum* in grado di funzionare. Con il d.lgs. 169 del 2016 il governo ha inteso andare in questa direzione sostanzialmente privando le singole autorità portuali del potere di indirizzo, che si è inteso affidare al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Un cambiamento notevole rispetto al tempo in cui le autorità portuali erano amministrazioni periferiche dello Stato, amministrate da un comitato costituito dagli enti locali e dalle rappresentanze delle imprese e dei lavoratori dotate di massima autonomia e dove il Ministero competente era chiamato ad esercitare la sola vigilanza. Una evoluzione molto significativa che, tuttavia, è presidiata con strumenti troppo tenui ed incerti: perché se davvero l'obiettivo è quello del coordinamento, la Conferenza dei Presidenti non è niente più di un organo di raccordo mentre la struttura della Direzione generale competente, inserita nel Dipartimento trasporti, non possiede le capacità di reale direzione ed indirizzo. Probabilmente avrebbe senso trasformare questa Direzione in una vera e propria agenzia sul modello dell'Enac: che governi unitariamente tutti i porti nazionali esprimendo le politiche di volta in volta necessarie. Immutate resterebbero le funzioni delle autorità di sistema portuale, salvo probabilmente riservare al livello nazionale la gestione delle concessioni di importanza strategica e che costituiscono veri e propri servizi di interesse economico generale *ex art. 106 TFUE* o di più lunga durata, le alleanze con le compagnie marittime, terminalistiche e di trasporto e la pianificazione²³. Ovviamente l'agenzia nazionale sarebbe chiamata a mantenere relazioni strategiche costanti con la Commissione europea e con le amministrazioni dei Paesi interessati. Centrale sarebbe quindi il ruolo dell'agenzia come promotrice del servizio di interesse economico generale e delle varie vicende che lo connotano (la scelta del prestatore, la modificazione del rapporto, la remunerazione del servizio ecc.). Questa evoluzione consentirebbe

utenti marittimi e ferroviari avuto riguardo ai servizi che sono in grado di offrire.

²² Il NGEU serve, non dimentichiamolo, per promuovere crescita e competitività. E per cambiare le norme che impediscono questi obiettivi.

²³ Si v. per la complessa gestione dei c.d. servizi di interesse economico generale L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 527 ss.; E. SZYSZCZAK, J. DAVIES, M. ANDENAES, T. BEKKEDAL, *Developments in Services of General Interests*, The Hague, 2011; sentenza della Corte di giustizia, del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*.

di dare luogo ad un'amministrazione centrale autorevole e competente in grado di esercitare con un carattere di stabilità e continuità (che evidentemente non si sposa con il mutare dei governi) il potere di amministrazione pubblica, di promozione e di controllo anche verso le grandi centrali dei traffici. L'ipotesi di riforma ora indicata potrebbe sposarsi, oltretutto, con una riforma dell'Autorità portuale tale da sollecitare una più matura prospettiva di imprenditorialità.

Da più parti si prospetta un trasferimento delle competenze in materia di portualità alle Regioni.

Anzitutto vi è da domandarsi se la Regione – o più Regioni insieme – non possano dare luogo ad un'intesa con Stato e con la stessa Commissione europea (*ex art. 117 Cost.*) sia per la promozione dell'agenzia centrale sia per assumere un ruolo più importante nella gestione e regolazione del singolo sistema portuale. Ad esempio, sembra molto logico che l'Autorità portuale del Nord Adriatico, che include i porti da Ravenna a Trieste, sia significativamente influenzata dalle regioni interessate, includendo anche il Trentino-Alto Adige, essenziale per l'importanza del Brennero. E resta l'auspicio, più volte espresso dalle autorità europee, che si individuino gli strumenti internazionali per governare in modo coordinato i porti del Nord Adriatico che servono lo stesso mercato²⁴. Del pari comprensibile pare lo sforzo delle Regioni Piemonte, Liguria e Lombardia e delle città metropolitane di Genova, Milano e Torino per costruire un'intesa con lo Stato centrale per dare luogo ad una *governance* pubblica dei porti del sistema dell'alto Tirreno in grado di sostenere i traffici sui corridoi Mediterraneo (Frejus) e Reno-Alpi (Sempione/Loetchberg e Monte Ceneri/Gottardo)²⁵. E non si deve dimenticare il ruolo dei porti pugliesi per rilanciare il corridoio ferroviario adriatico verso la direttrice del Brennero.

In secondo luogo, la Regione – o più Regioni insieme –, sotto il profilo industriale, potrebbero dare luogo ad imprese pubbliche che, magari insieme ai Comuni interessati e ad operatori internazionali scelti con una procedura trasparente, e d'intesa con il Governo centrale (si pensi a Cdp, Invitalia, Fincantieri e Fs), gestiscano uno o più terminali affidati in concessione. Anzi, come vedremo a breve, quella indicata è probabilmente una soluzione auspicabile per dare luogo ad uno o più terminalisti nazionali che si concentrino sullo sviluppo di una relazione specifica.

Da ultimo è probabilmente necessario semplificare la legislazione vigente, ad iniziare proprio dalla legge 84, per molti versi caotica e di difficile comprensione. È vero che il recente decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 già interviene anche per quanto riguarda la materia della portualità (art. 2, n. 4), ma la sensazione è che si debba modificare in modo strategico la stessa legge 84 anche per quanto riguarda il regime delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività di impresa e lo stesso regime della concessione rafforzando, sotto questo profilo, il compito di controllo dell'Autorità portuale. Si deve ammettere che la legge 84, particolarmente a seguito delle sue varie stratificazioni, pare oggi di difficile gestione e mette così a rischio snellezza e efficienza. Inoltre, il sistema delle autorizzazioni di cui agli articoli 16, 17 e 18, molto "burocratico", si presta ad abusi per presidiare rendite di posizione che

²⁴ Come osservavamo in un lontanissimo scritto con S. M. CARBONE, *Trasporto (contratto di) (dir. internaz. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, p. 1246 ss., proprio questi sono i casi in cui gli Stati confinanti sono chiamati a offrire soluzioni coordinate anche attraverso strumenti innovativi per assicurare che una infrastruttura di trasporto funzioni per assicurare il servizio comune.

²⁵ Ricordiamo solo che i porti *gateway* sono molto più caratterizzati dai valichi e tunnel alpini che immettono il corridoio nel loro mercato che dalle stesse infrastrutture portuali.

finiscono per ingessare il mercato e rendere il porto poco competitivo. E se anche, di recente, il giudice amministrativo ha offerto una lettura della pianificazione portuale più coerente con le esigenze di operatività²⁶, resta che nei vari comitati (di gestione o portuali che siano) ogni delibera in materia costituisce una impresa ingestibile per l'influenza della politica o, molto più spesso, delle imprese. Così, oltre alle modifiche di cui ai punti che precedono, allo scopo di rafforzare il ruolo dello Stato e delle Regioni nel governo della portualità e di riaffermare l'interesse nazionale, pare molto logico presidiare, in materia di servizi portuali e retroportuali, il ruolo del terminalista e del lavoro riconoscendo loro una vera e propria funzione di servizio di interesse economico generale (art. 106 TFUE), né più né meno del gestore dell'aeroporto o delle autostrade. Il che implica massima attenzione al rispetto delle norme in materia di concorrenza, di tutela degli utenti e di sicurezza: oltre, ovviamente, ai profili relativi alla remunerazione del servizio dettati, sulla base del diritto vigente, dalla sintesi *Altmark*²⁷. Da ultimo si tratta di verificare se studiare una forma facoltativa di trasformazione dell'Autorità portuale in impresa pubblica di traffico partecipata dallo Stato e dalle Regioni sul modello dei vecchi enti porto. In qualche misura, come si ricordava, già oggi l'Autorità svolge questa funzione di coordinamento delle imprese del territorio finanche in concorrenza con le autorità di porti vicini parti del medesimo mercato.

Proprio partendo dal modello di governo e promozione dell'industria strategica che avanza nell'Unione, e quindi dall'"interesse nazionale", ma anche dalle caratteristiche del mercato dei porti nel Mediterraneo, nel quale il nostro Paese potrebbe giocare, se volesse, un ruolo propulsivo, pare opportuno e utile un intervento pubblico per creare uno o due campioni europei al servizio dei porti *gateway* in grado di servire i corridoi: imprese dove lo Stato e le Regioni giochino un ruolo importante, magari in alleanza con operatori marittimi e ferroviari stranieri ed italiani impegnati nei traffici di corridoi. Non pare dubbio che le scelte del nostro Paese in funzione della crescita e della competitività dell'Unione, devono tenere conto dell'impresa a controllo pubblico (unica nelle condizioni di veicolare, nell'attività economica, tutte le potenzialità pubbliche ad iniziare dalla ricerca scientifica). Ci riferiamo alle imprese strutturate come, ad esempio, Cdp, Fnm, Invitalia, Leonardo, Eni, Fincantieri e alle imprese quotate partecipate – ma non dirette – da Comuni e Regioni in grado di apportare tecnologie. In breve, come abbiamo rilevato, nel comparto della terminalistica portuale, in genere delle infrastrutture ed infine del trasporto pubblico locale ci si attende un consistente impegno del pubblico nella gestione delle infrastrutture e dei servizi strategici magari insieme a gruppi privati. Non si tratta di mettere in dubbio il principio di parità di cui all'art. 345 TFUE, né di attentare alle regole in materia di mercato interno, ma di coinvolgere lo Stato nel finanziamento e nella gestione del SIEG e nel presidio degli interessi nazionali. Ma specialmente nella ricerca scientifica. Ed al riguardo, sia la giurisprudenza e la corretta lettura del fenomeno del c.d. *in house providing*, sia l'esperienza che va maturando in materia di cooperazione orizzontale, costituiscono utili riferimenti per assicurare l'interesse generale e specialmente l'"interesse nazionale". In breve, la deroga alle disposizioni europee in materia di appalti e concessioni, e quindi la possibilità che gli Stati riservino ad imprese pubbliche l'esercizio della concessione o

²⁶ Tar Toscana, sentenza del 10 novembre 2020, numeri 1350 e 1352.

²⁷ *Supra*, nota 24.

la realizzazione dell'opera senza aprire al mercato, si evidenzia di proporzioni molto significative. E ciò anche se l'ordinamento italiano si è dimostrato molto cauto ad accogliere e ricostruire questa nuova fattispecie. Sia le norme di cui al d.lgs. 175 del 2016 sia quelle del d.lgs. 50²⁸ sono ancora espressione di una logica estremamente scettica sul ruolo dello Stato e ancorata alle teorie tradizionali che tendono ad esaltare forme di autogoverno del mercato non contagiate dal bisogno pubblicistico di competitività. Ci si sarebbe attesi, invece, un lavoro di ricostruzione di una nuova forma di relazione fra lo Stato e l'economia tale da mettere in evidenza, oltre alla regolazione del mercato, anche la necessità di perseguire obiettivi di segno pubblicistico e quindi riconducibili all'interesse nazionale. Magari con una prospettiva di sostituire questa figura con l'interesse europeo.

Il che non significa che il nuovo modello europeo di intervento pubblico non debba essere regolato in modo uniforme. Anzi, proprio l'attuazione del NGEU è l'occasione per delineare il nuovo perimetro della partecipazione del pubblico nell'impresa. Anche per evitare il fenomeno delle vecchie e nuove partecipazioni statali in virtù del quale lo Stato ed il pubblico spesso assumono una presenza nell'impresa solo per ragioni di piccola politica locale. Anzitutto l'obiettivo deve essere la competitività, non la risoluzione di problemi sociali. A questo riguardo è corretto prendere in esame, non certo in questa sede, le nuove teorie neokeynesiane che ricostruiscono un superamento dell'attuale ordine dei mercati per il ruolo decisivo degli Stati in quanto "azionisti o creditori occulti" per essere – essi e non il privato – all'origine delle tecnologie e delle misure che consentono alle imprese piena competitività. È vero che questa osservazione della realtà forse fotografa piuttosto società evolute e dove la ricerca scientifica è di assoluta avanguardia. Ma è innegabile che molte delle osservazioni di queste scuole potrebbero coincidere con le spinte francesi e tedesche verso una più significativa presenza dello Stato (ed oggi dell'Unione) nel divenire dei mercati. L'operazione può avvenire sia attraverso l'art. 18, l. 84, prevedendo con chiarezza nell'avviso di avvio della procedura le caratteristiche che deve presentare il soggetto chiamato a gestire, nell'interesse nazionale, il nuovo terminale, sia, forse più propriamente, attraverso le norme di cui al d.lgs. 50 come integrate con il d.l. 76 del 16 luglio 2020. Si reputa tuttavia importante che l'operazione si realizzi in collaborazione con le imprese di traffico. Non dimentichiamo che l'obiettivo del NGEU è promuovere crescita e competitività a breve dovendosi escludere che una operazione meramente pubblica, disarticolata da un impegno di traffico connotato da stabilità, sia coerente con un intervento che presenti le indicate caratteristiche²⁹.

5. La decisione della Commissione europea 2435 del 27 aprile 2018, a chiusura di una procedura sulla quale il governo italiano ha puntato molto per realizzare alcune opere essenziali senza gravare sugli utenti e sulle imprese, ha certamente segnato lo spartiacque fra due epoche. La disciplina che esce da questa vicenda non

²⁸ Ed anche quelle della Corte costituzionale come si è visto: v. C. cost., sentenza del 27 maggio 2020, n. 100, cit.

²⁹ Sui temi del diritto europeo dei trasporti e sulle necessarie riforme, ci permettiamo rinviare al nostro *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di infrastrutture e trasporti*, Milano, 2013; nonché a S. M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti fra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 2009; M. COMENALE PINTO, S. ZUNARELLI, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Milano, 2012; D. MARESCA, *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali*, Torino, 2012.

è ancora chiara anche se certamente si delinea una *governance* rinnovata (coerente con il diritto europeo) del mercato, dei presidi di sicurezza e, per quanto riguarda la remunerazione, del servizio.

In primo luogo, in un periodo di privatizzazioni, in cui la Repubblica, attraverso l'Iri, ha venduto il pacchetto di controllo di importanti imprese pubbliche praticamente di ogni comparto, certamente si è “compiaciuta” la Commissione europea e scongiurata la possibile violazione degli articoli 87 e 88 del Trattato di Roma (oggi 107 e 108 TFUE) paventata dalla Commissione Delors; ma non si sono adeguatamente strutturati i presidi dell'interesse pubblico. Così ai concessionari non si è affidato solo un servizio pubblico, ma, attraverso la concessione, si è riferito tutto il “pacchetto”, proprietà, regolazione e controllo inclusi, dal momento che la struttura ministeriale preposta certo non possedeva le dimensioni e non disponeva delle risorse per governare il comparto. Alla debolezza dell'amministrazione preposta al controllo si aggiunga l'incertezza dell'azione di regolazione pubblica, sia per il ritardo nella costituzione dell'autorità di regolazione del mercato (formata solo con l'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 ed in concreto operativa solo nel 2016), sia perché la medesima norma escludeva dal campo dei soggetti regolati i concessionari.

In secondo luogo, quantomeno fino al 2016, si è inteso escludere dal novero del SIEG la gestione delle autostrade malgrado l'importante evoluzione che ha denotato la figura di cui agli articoli 14 e 106 TFUE. Così sostanzialmente isolando dall'area della regolazione pubblica, ancora una volta, proprio il comparto più delicato, non solo nella prospettiva del servizio all'utente, ma in considerazione dei ritorni degli investimenti posti in essere dai concessionari. Tanto che, invece che coltivarsi la figura giuridica del concessionario di servizi che opera negli stretti limiti di cui all'art. 106 e alla giurisprudenza *Altmark*³⁰ per quanto riguarda i criteri di remunerazione, si è per anni ricostruito una sorta di “diritto di proprietà temporanea della rete” di un concessionario che operava in un contesto di rischi molto contenuti e con una remunerazione che, in un periodo di bassa inflazione, superava di oltre dieci volte il costo del denaro. Del pari per molti anni, sia l'affidamento della concessione, sia la sua estensione hanno avuto luogo spesso al di fuori di qualunque previsione competitiva ed anzi nella maggior parte dei casi sulla base di una trattativa diretta con il Ministro e attraverso un provvedimento di legge³¹.

Una netta presa di distanza dalle debolezze di cui sopra è andata maturando dal 2015 per le scelte riconducibili al governo italiano di (ri)regolare il comparto d'intesa con la Commissione europea usando in modo intelligente e costruttivo la procedura di cui all'art. 108 TFUE e prevedendo:

- a. alcune modifiche della durata (di non oltre 4 anni) delle concessioni *ex art.* 43, direttiva 23 del 2014, per remunerare investimenti importanti resisi necessari e che altrimenti avrebbero potuto essere effettuati, sulla base delle convenzioni in vigore, solo a fronte di un massiccio aumento delle tariffe (che avrebbe precluso la crescita del Paese),

³⁰ Sentenza *Altmark*.

³¹ Sul punto v. L. SALTARI, A. TONETTI, *La disciplina giuridica delle autostrade*, Milano, 2017; D. MARESCA, *I parametri finanziari dello Stato imprenditore e committente*, Torino, 2020. Corte dei conti, Relazione n. 18/19 del 18 dicembre 2019 su *Le concessioni autostradali*. In una direzione convergente v. decisione 2435/2018 della Commissione, del 27 aprile 2018.

- b. un WACC (tasso di remunerazione) del nuovo investimento largamente più basso rispetto a quello contrattuale (6%),
- c. la qualificazione del servizio come SIEG da rendere all'utente secondo la disciplina europea,
- d. il riequilibrio dell'assetto dei rischi a carico del concessionario ove non riconducibili all'inazione dell'amministrazione concedente e
- e. il costante monitoraggio da parte della DG concorrenza della Commissione europea dell'attività del singolo concessionario.

Purtroppo, queste scelte, che costituivano finalmente un tentativo di governare il mercato d'intesa con le autorità europee, non sono state ancora attuate.

Fermo restando che il comparto delle autostrade continuerà ad essere strutturato con la presenza di imprese private e di imprese a controllo pubblico in concorrenza fra loro, per quanto riguarda le imprese pubbliche la trattativa fra governo italiano e Commissione europea (DG Grow e DG Competition) ha consegnato un nuovo modello che sta affermandosi nel Nord del Paese ben al di là dello schema dell'*in house providing*³². Così, sulla base della giurisprudenza *Hamburg* e *Lecce*³³, la Commissione europea ha di fatto dato il via libera ad un modello di cooperazione fra governo centrale e Regioni il cui presupposto è quello di una concessione del Ministero ad una impresa *in house* locale per l'esercizio delle comuni competenze in materia di autostrade. Si conferma, in breve, lo strumento della concessione dal centro per assicurare il rispetto del principio della parità fra impresa pubblica e impresa privata, e non invece lo schema del trasferimento delle competenze *ex art.* 116 Cost., allo scopo di mantenere l'unità della rete quantomeno per quanto riguarda la regolazione del mercato ed il controllo ad opera del Ministero concedente. Una deviazione da questo modello si è configurata in epoca risalente con la creazione di Compagnia Autostradale Lombarda (CAL), ente strumentale al quale la Regione Lombardia ha affidato il potere di concedente (e non di concessionaria come nel caso delle autostrade del Trentino-Alto Adige, del Veneto e del Friuli-Venezia Giulia) a seguito del trasferimento delle competenze dello Stato. Ma quella indicata sembra essere una scelta isolata nello scenario della regolazione del mercato autostradale. Certo le imprese pubbliche di gestione autostradale di alcune Regioni

³² Sentenze della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Aviano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*; dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA*; del 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*; del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*; del 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione c. Repubblica dell'Austria*; del 6 aprile 2008, causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA*. Giova appena ricordare la recente estremamente opportuna puntualizzazione della dottrina che ricorda come il fenomeno dell'*in house* non ha nulla a che fare con la natura dell'ente che viene in rilievo, trattandosi solo di una modalità di gestione delle procedure di affidamento di appalti e concessioni. Sotto questo profilo gran parte del d.lgs. 175 e lo stesso art. 192, d.lgs. 50, meritano di essere rivisti non solo per assicurare la funzionalità della norma particolarmente quando viene in rilievo l'interesse nazionale, ma anche per assicurare la coerenza dell'ordinamento societario. Sul punto v. G. CAIA, *Le società in house persone giuridiche private seppure sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, p. 457. V anche Corte di Cassazione, sentenza del 22 febbraio 2019, n. 5346.

³³ Sentenze della Corte di giustizia del 9 giugno 2009, causa C480/06, *Commissione c. Germania*; del 19 dicembre 2012, causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*; del 13 giugno 2013, causa C-386/11, *Piepenbrock*.

hanno una giustificazione proprio avendo riguardo ad alcuni standard di sicurezza e di tutela dell'ambiente e del territorio influenzati dall'azionista pubblico dell'impresa concessionaria. È il caso della Autostrada del Brennero: che evidenzia inoltre una contaminazione della gestione autostradale ad opera della ferrovia, quasi che le due attività, entrambe di servizio pubblico, possano e debbano essere integrate per assicurare il perseguimento dello standard di SIEG stabilito all'art. 14 TFUE. E la Regione Lombardia, attraverso la controllata Ferrovie Nord Milano (FNM), pare avviata sulla medesima strada, sviluppando un pacchetto di concessioni autostradali che presuppone una gestione congiunta del servizio autostradale e del servizio di trasporto pubblico locale di collegamento delle città lombarde tra loro e con il loro *hinterland*³⁴.

In secondo luogo, occorre perseguire l'obiettivo del SIEG sollecitato, come si osservava, dalla Commissione europea anche nel comparto delle autostrade. Nel comparto autostradale alcuni interventi totalmente coerenti con il NGEU sono assolutamente necessari proprio per assicurare gli obiettivi del SIEG. Ci riferiamo in primo luogo a quegli interventi necessari per assicurare la sicurezza e la tutela dell'ambiente, l'utilizzo di tecnologie di propulsione ecc. Non può non segnalarsi come prioritaria la messa a punto delle gallerie di lunghezza superiore a 500 m. sulla base della ricordata direttiva 54 del 29 aprile 2004, recepita con d.lgs. 264 del 5 ottobre 2006. Si tratta di lavori molto complessi che non sempre possono essere effettuati senza modificare la struttura dell'impianto e quindi molto impegnativi dal punto di vista finanziario (il termine di adeguamento della rete è scaduto dopo l'ultima proroga consentita con scadenza aprile 2019). In conclusione, il modello di gestione delle autostrade, così come quello degli aeroporti, pare debba ancora essere ispirato alla logica mista, in base alla quale la gestione pubblica convive con quella privata, fermo restando che, in ogni caso, l'affidamento in concessione *ex* direttiva 23 viene operato dal governo sulla base di un quadro sollecitato dall'Autorità di regolazione dei trasporti. L'impostazione del contratto è ancora basata sull'art. 106 TFUE e quindi sul caso *Altmark* che, come ha osservato la Commissione europea con la decisione 2435 del 2018, costituisce una precisa linea guida anche per la determinazione della remunerazione del gestore e del riparto dei rischi fra concedente e concessionario.

6. La debolezza italiana nel comparto delle infrastrutture e trasporti rispetto al diritto dell'Unione europea è segnalata dalle sue norme in materia di appalti e concessioni. Posto che l'obiettivo dell'Unione non è solo quello di assicurare la libera circolazione dei servizi e la concorrenza ma anche la realizzazione delle opere necessarie per attuare il mercato unico, la differenza fra quanto avveniva negli anni '50 in avanti ed i periodi successivi ai '90 è di tutta scontata evidenza. Mentre fino a non molti anni fa le infrastrutture si realizzavano (non solo l'Autostrada del sole ma anche, più di recente, l'alta velocità ferroviaria nel Nord Italia), oggi non si riesce, malgrado mille buoni propositi, a disporre di uno strumento snello e chiaro che, oltre ad assicurare il rispetto della libera circolazione dei servizi e magari ad escludere infiltrazioni della criminalità organizzata, garantisca anche, in tempi prestabiliti e coerenti con il mercato, la realizzazione delle opere.

³⁴ *Ibidem*.

Il governo nel 2015 annuncia ufficialmente la lotta al *gold plating*³⁵ dichiarando l'intento di recepire, senza alcuna addizione, le direttive europee del 2014: addirittura una conferenza a Roma fra governo italiano e Commissione europea (DG Grow e DG Competition) sancisce questa nuova visione di segno minimalista ed essenziale. Invece, il recepimento delle direttive 23, 24 e 25 è avvenuto corredato di una serie di procedure interne di varia tipologia (si pensi alle norme sull'anticorruzione, a quelle sulla *spending review*, alle regole sull'*in house* ecc.) che determinano un incremento delle procedure e certamente maggiori oneri in capo alla burocrazia. Il sistema è, inoltre, ancora concepito per non scoraggiare le imprese dall'introdurre ricorsi amministrativi in nome di un malinteso diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale. Così, in presenza di ragioni di urgenza, lo Stato è costretto ad adottare disposizioni che escludono l'applicazione del diritto interno in materia fatta eccezione per le norme europee (definite ampollosamente "vincoli inderogabili derivanti dalla partecipazione all'Unione europea"). Ora, se pare condivisibile la tesi secondo la quale un Paese membro può essere più rigido rispetto alle norme dell'Unione, alle stesse sovrapponendo ulteriori misure nazionali, nulla autorizza gli Stati membri ad adottare misure che rendono di fatto impossibile od eccessivamente difficile il sostegno delle politiche dell'Unione nel loro complesso. Non è sufficiente considerare che i Paesi dell'Unione sono in concorrenza fra loro e quindi quelli che sono inadeguati e non pronti è corretto subiscano un danno³⁶. Questo ragionamento è condivisibile solo fino a quando dall'atteggiamento dell'Unione non si derivi una politica complessiva che vincola tutti gli Stati e che gli stessi devono attuare.

In un primo tempo, la figura dell'*in house providing* era confinata al caso della ricorrenza dei tre noti elementi (controllo analogo, prevalente attività a favore del concedente socio, e controllo totalitario da parte dell'amministrazione)³⁷. Ma ben presto gli Stati hanno preteso maggiore spazio di azione. Così il controllo analogo è stato messo in crisi dalla giurisprudenza: che ha esteso la figura anche ad imprese partecipate da una molteplicità di amministrazioni e addirittura a prescindere dalla quantità di azioni possedute³⁸. Il controllo totalitario è stato superato, invece, dap-

³⁵ *Gold plating* è quella pratica, purtroppo frequente in Italia, che consiste nel recepire il diritto europeo corredandolo di misure, procedure e pratiche ulteriori – che si aggiungono a quelle europee. Una pratica che, ancora di recente, la Corte costituzionale (Corte costituzionale, sentenza del 27 maggio 2020, n. 100) non ha ritenuto in contrasto con l'ordinamento dell'Unione muovendo dalla considerazione secondo la quale ogni Stato membro è libero di presidiare la sua competitività anche ricorrendo a disposizioni nazionali che la limitano. La motivazione della Corte, al di là del *decisum* sull'art. 192, d.lgs. 50, non sembra convincente. Perché, a leggere la sentenza, pare che la preoccupazione della Corte, allorché valuta il diritto dell'Unione rispetto alla norma scrutinata, si concentri sul diritto della concorrenza: rispetto al quale, appunto, l'art. 192 ben si coordinerebbe. Ma la Corte omette di farsi carico della... trave: costituita, ad esempio, da una legislazione in materia di appalti e di impresa pubblica (i decreti 50 e 175) che, aggiungendo devastanti vincoli amministrativi a quelli previsti dalle norme europee, impediscono l'attuazione delle politiche dell'Unione, così violando oltretutto l'obbligo di cooperazione leale.

³⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Kauno miesto savivaldybė e Kauno miesto savivaldybės administracija*, e del 6 febbraio 2020, cause riunite C-89 a 91/19, *Rieco SpA c. Comune di Lanciano*. M. A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019; G. SCARAFIO, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti*, in *Federalismi.it*, 10 febbraio 2021, reperibile online.

³⁷ V., sopra, nota 33.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia, del 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*.

prima con il regolamento 1370/2007 del 23 ottobre 2007 in materia di trasporto pubblico locale. Questo regolamento ha, infatti, previsto un regime di affidamento diverso attraverso la nozione di “operatore interno” non necessariamente sottoposto al controllo totalitario dell’amministrazione committente. Quindi il superamento della regola del controllo totalitario è disposto in via generale anche dalle richiamate direttive 23 e 24 del 28 marzo 2014 (articoli 12 e 17) in materia di concessioni ed appalti prevedendosi solo che nessun socio privato disponga del potere di veto. Il che apre la strada, sulla base del diritto europeo, ad imprese a controllo pubblico in *partnership* con imprese private o addirittura quotate che possono accedere al mercato³⁹ senza alcuna preventiva selezione competitiva. Il requisito costituito dall’attività prevalente resta un baluardo che tuttavia è pronto a cadere. Ne è esempio la recente sentenza della Corte di giustizia che limita l’analisi alla sola attività resa in regime pubblicistico⁴⁰. E addirittura la giurisprudenza tende a respingere l’opinione che si tratti di una fattispecie di eccezione rispetto alle ordinarie regole in materia di mercato interno e trasparenza ma ricostruisce l’*in house* come forma ordinaria di scelta del contraente pubblico.

Come si accennava la giurisprudenza europea e la stessa prassi della Commissione, su spinta degli Stati, hanno validato una soluzione, sempre nella direzione della impresa pubblica, nel caso di accordi di “cooperazione orizzontale” fra enti pubblici diversi. Come nel caso, ad esempio, della collaborazione fra comuni per la raccolta dei rifiuti o fra il governo e le Regioni per la gestione delle autostrade. Con le sentenze *Hamburg* e *Lecce*⁴¹, richiamate in precedenza, la Corte di giustizia ha, infatti, sostanzialmente esteso la “cooperazione orizzontale” anche nei casi in cui non sussistano i presupposti dell’*in house providing*, ritenendo inapplicabili le direttive 17 e 18 del 2004 (e quindi giocoforza le direttive 23 e 24 del 2014) al ricorrere di alcuni requisiti fra i quali si segnala la condivisione fra le amministrazioni interessate delle stesse competenze (una previsione il cui senso dovrà essere chiarito).

In breve per attuare il NGEU, e definire le riforme da tale modello proposte, tanto più considerando il termine entro il quale i progetti vanno realizzati, occorre intervenire sulla disciplina degli appalti dei contratti pubblici. E la soluzione di cui al c.d. decreto semplificazione (d.l. 76 del 2020) non sembra sufficiente. Occorre probabilmente seguire il c.d. modello Genova⁴² optando esattamente per la soluzione che il governo italiano si era riproposto già nel 2015: e cioè

³⁹ La Commissione europea ritiene che le norme citate implicino comunque una procedura competitiva ad opera del pubblico ai fini della scelta del partner privato: una condizione non prevista dal diritto positivo che certo non può configurarsi quantomeno in caso di imprese pubbliche quotate (dove è il mercato a fare la selezione) o di alleanze fra imprese che perseguano i loro obiettivi di mercato.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia, dell’8 dicembre 2016, causa C-553/15, *Undis Servizi*.

⁴¹ V. le sentenze della Corte di giustizia citate *supra*, in nota 34.

⁴² Ci riferiamo al c.d. decreto Genova (d.l. 109 del 18 agosto 2018) che ha sostanzialmente escluso l’applicazione del d.l. 50 del 2016 (codice dei contratti) nella parte in cui non recepisce norme europee (come quelle della direttiva 24 del 2014) allo scopo di procedere alla sollecita ricostruzione del ponte Morandi. Così, di recente, con il d.l. 76 del 2020 il governo ha sostanzialmente esteso un pezzo importante del c.d. modello Genova all’intero comparto delle infrastrutture prevedendo la deroga ad ogni vincolo di cui al d.lgs. 50 con esclusione delle disposizioni in materia di criminalità organizzata e dei “vincoli inderogabili” europei nonché la stessa flessibilità di cui al d.l. 109 anche in tema di procedure negoziate. Una norma comunque molto importante. Va ricordato, tuttavia, che il “modello Genova” era costituito da tre elementi che hanno assicurato il successo dell’operazione. Oltre a quello della semplificazione, che oggi vediamo in termini simili nel decreto 76, la nomina di un commissario straordinario:

- a. prevedere che alcune opere essenziali per la crescita e la competitività siano governate dal centro con il pieno coinvolgimento di un'autorità di governo (nel caso del ponte di Genova il d.l. 109 del 2018 affidava il coordinamento alla Presidenza del Consiglio) che operi nel solo rispetto della disciplina europea con esclusione di qualsivoglia norma nazionale;
- b. nominare un commissario davvero in grado di realizzare entro il termine indicato, rigorosamente sotto il controllo del governo, le opere indicate.

È evidente, inoltre, che nessuna delle norme interne in materia di imprese partecipate potrà trovare applicazione nel caso delle opere incluse nel programma nazionale.

A regime si tratterà di riprendere l'attuazione delle direttive 23, 24 e 25 secondo i principi originari evitando di sovrapporre alle norme europee misure e limitazioni imposte dal diritto interno (incluse quelle in tema di prevenzione dalla corruzione).

7. La debolezza della politica nazionale in tema di trasporti e infrastrutture rispetto alla politica europea è evidente se si pensa al ruolo, del tutto subalterno, se non insignificante, della ferrovia nel comparto merci. È evidente che, se si tratta di servire il mercato *inland*, non necessariamente il mercato rilevante, dato che la *catchment* area è ben più ampia del mercato *inland*, la ferrovia (che nel comparto merci diventa competitiva solo quando la percorrenza supera un chilometraggio minimo) incontra molte difficoltà e può essere persino un fattore di inefficienza. È il problema che incontrano i grandi centri di produzione (siano fabbriche o terminal portuali o *inland*): non vi è dubbio che è molto complesso alimentare il mercato che si trova ad una distanza di 200 chilometri ricorrendo alla ferrovia (quello è lo spazio per una industria del trasporto stradale rinnovata e competitiva). Ma se il Paese crede di poter giocare un ruolo nelle c.d. Ten T, come ancora di recente Confindustria e la Bundesverband fur Deutsche Industries (BDO) hanno sottolineato (si veda la dichiarazione congiunta del 26 ottobre 2020)⁴³, certo la risposta può essere solo ferroviaria. Non solo per ragioni di efficienza ma anche per assicurare gli obiettivi dello Spazio Unico Europeo della Mobilità e di recente del *green deal*⁴⁴, primo dei quali la tutela del clima attraverso traffici meno inquinanti e strumenti di propulsione innovativi. In questo contesto va promossa e sostenuta anche la modalità marittima, del tutto centrale avendo riguardo alle caratteristiche del territorio

ma specialmente è decisivo e centrale il ruolo della Presidenza del Consiglio grazie alla cui struttura il ponte Morandi è stato sostituito in tempi davvero competitivi.

⁴³ Si veda il 9th Italian German Business Forum del 26 ottobre 2020, Bolzano, fra le rappresentanze delle industrie tedesche ed italiane.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal*, COM(2019)640 final. V. anche la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per una Mobilità Sostenibile e Intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, SWD(2020)331 final, e la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, del 14 gennaio 2020, COM(2020)21 final. Si v. anche il libro bianco della Commissione europea, *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, COM(2011)144 def. del 28 marzo 2011, la comunicazione della Commissione, *Costruzione della rete centrale di trasporto: corridoi della rete centrale e meccanismo per collegare l'Europa*, SWD(2013)542 final.

italiano. E purtroppo il nostro Paese su questo obiettivo fatica a sintonizzarsi con l'Unione malgrado i programmi molto ambiziosi di ciascun governo⁴⁵.

Al riguardo si veda lo sviluppo del diritto dell'Unione in materia di riequilibrio modale, non solo per i numerosi provvedimenti adottati che hanno previsto facilitazioni per lo spostamento del traffico verso le modalità ferroviarie e marittima, ma anche le numerose autorizzazioni *ex art.* 108 TFUE della Commissione europea relative ai sussidi alle imprese che usano le modalità meno inquinanti⁴⁶. L'Unione è in più occasioni intervenuta con disposizioni a carattere generale o linee guida e comunicazioni rivolte a promuovere un contesto di mercato impostato sul ferro e sul mare. Insomma, è difficile negare che l'Unione persegua una politica sistematicamente volta al riequilibrio modale in funzione non solo della promozione dell'ambiente e del clima – e quindi della salute – ma anche per spingere la competitività e la crescita⁴⁷.

L'assetto della logistica italiana è fortemente sbilanciato sulla gomma più di quanto si verifica negli altri Paesi membri. Se si pone in essere una comparazione con la Svizzera e l'Austria, i paesi confinanti che condividono i principali assi di collegamento (Gottardo e Brennero), la distanza del nostro Paese è incolumabile⁴⁸. Una dipendenza davvero insalubre per una pluralità di ragioni: in primo luogo non consente di attuare la politica europea dei trasporti desumibile dalle disposizioni in precedenza ricordate; in secondo luogo preclude la crescita dell'economia nazionale e condanna, ad esempio, i porti alla marginalità; in terzo luogo, al di là della inosservanza degli specifici limiti posti da disposizioni dell'Unione, si rivela estremamente nociva nella prospettiva della tutela dell'ambiente, particolarmente quando l'Unione ha inteso coraggiosamente avviare il *Green Deal*.

Occorre riconoscere, peraltro, che nei tempi più recenti, seppure in un contesto di sostanziale immobilismo, la situazione va migliorando. Alcuni segni interessanti vengono dalle imprese più strutturate dell'autotrasporto e dalle stesse imprese marittime impegnate nelle autostrade del mare: che stanno iniziando a diversificare investendo sulla ferrovia specialmente nell'area geografica intorno al Brennero ed ai valichi svizzeri e per coprire i collegamenti mediterranei. Inoltre, sempre guardando agli attori del mercato, si legge un interessante fenomeno di aggregazione fra compagnie marittime e autotrasporto. Non vi è dubbio che i principali vettori marittimi "nazionali" stanno mostrando molta attenzione, come si è visto, alla diversificazione verso l'intermodalità e la protezione del clima ponendosi come protagonisti che investono sulla logistica ferroviaria contenitori, nell'intermodalità e nella integrazione *green*. Vi è da dire che il nostro Paese non ha esitato ad iniziare, seppure con ritardo, una politica di *modal shifting*, avendo notificato e portato con successo a compimento le procedure del *Marebonus* e del *Ferrobonus*, oltre alla procedura per

⁴⁵ E. CASSETTA ET AL., *Connettere l'Italia*, Milano, 2018.

⁴⁶ V. i regolamenti 595/2009 del 18 giugno 2009 e 651/2014 del 17 giugno 2014 sul sostegno all'intermodalità.

⁴⁷ Si vedano il libro bianco della Commissione europea, del 28 marzo 2011, *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti. Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, COM(2011)144 def.; la comunicazione della Commissione, del 7 gennaio 2014, *Costruzione della rete centrale di trasporto: corridoi della rete centrale e meccanismo per collegare l'Europa*, COM(2013)940 final; Comitato economico e sociale europeo, *Valutazione degli orientamenti sulla rete transeuropea dei trasporti (TEN-T) per il periodo 2013-2020* (rel. A. Mazzola).

⁴⁸ Al 2020 l'incidenza della gomma nel comparto supera il 90% mentre nei paesi vicini si attesta intorno al 35. In Europa l'equilibrio si raggiunge intorno al 50%.

il finanziamento alle imprese di trasporti che scelgono la via del mare e del ferro. *Marebonus* e *Ferrobonus*, autorizzate nel 2016 dalla Commissione europea ex art. 107 TFUE, sono strumenti previsti dagli orientamenti europei in materia che indenizzano le imprese ferroviarie e le imprese marittime a fronte dei maggiori costi che subiscono per effetto del riequilibrio modale⁴⁹.

Le finalità tipiche del NGEU possono essere decisive per intervenire sul c.d. riequilibrio modale. Si tratta, in breve, di adottare delle misure, come quelle che hanno adottato i paesi vicini, volte a disciplinare l'attraversamento delle Alpi e delle zone urbane nonché l'uso delle grandi direttrici ferroviarie e marittime⁵⁰.

Anzitutto vanno confermati ed anzi rafforzati gli strumenti già in essere autorizzati dalla Commissione europea. *Ferrobonus* e *Marebonus*, fra le poche misure davvero europee insieme a quelle sul riordino delle autostrade convenute con la Commissione europea (DG concorrenza e DG Grow), hanno svolto e svolgono una funzione importante e vanno confermati. In particolare, si tratta di mettere in condizione le imprese ferroviarie e marittime di rafforzare la loro offerta di trasporto ferroviario e marittimo.

Occorre una riforma della materia prevedendo anzitutto un limite di chilometraggio oltre il quale il trasporto a mezzo autocarro cesserebbe di essere conveniente⁵¹. Si tratta di decidere dove... collocare l'asticella: ma deve ritenersi, quantomeno, che l'intervento debba essere tale da incentivare il traffico locale (100/150 km), inteso come SIEG e quindi ai sensi degli articoli 106 e 107 TFUE con oneri a carico della collettività, e disincentivare i traffici di lunga percorrenza che attraversano l'Italia fra il Nord e il Sud e fra l'Est e l'Ovest.

Quindi occorre sussidiare, sempre come SIEG, almeno per un determinato periodo di tempo, "treni navetta" che sostituiscano sulla lunga distanza il traffico merci a mezzo autocarro. E non solo fra Pordenone e Orbassano, fra Novara o Milano e Taranto o Nola, ma anche per tratte molto più brevi ove necessario sulla base di precise scelte di politica dei trasporti. Talvolta la necessità di sostenere il ferro si pone, infatti, anche nel caso di distanze più brevi allorché si tratti di rispondere alle esigenze del territorio. Ad esempio, la tratta fra Genova e Milano è probabilmente troppo breve per giustificare naturalmente il ricorso alla ferrovia ma è nondimeno di estrema importanza intervenire sulla relazione di attraversamento dell'Appennino.

⁴⁹ Documento interno della Commissione europea, del 24 novembre 2016, *Italia – 'Ferrobonus' – Incentivi per il trasporto ferroviario*, C(2016)7676 final. La misura "mira a correggere gli squilibri strutturali tra il trasporto stradale e il trasporto ferroviario di merci in Italia. Il programma si prefigge le seguenti finalità: rafforzare la catena del trasporto intermodale in Italia e sviluppare il trasferimento modale del traffico merci dalla strada alla ferrovia, al fine ultimo di ridurre l'impatto ambientale, sanitario e sociale del traffico su strada, promuovendo lo sviluppo del trasporto combinato e ottimizzandone l'uso sul territorio italiano. Il regime di sostegno assume la forma di una sovvenzione fissata a un livello corrispondente ai risparmi in termini di costi esterni che il trasporto ferroviario permette di realizzare rispetto al trasporto stradale. L'intervento mira a ottimizzare l'uso del trasporto intermodale di merci su rotaia con l'obiettivo di una riduzione complessiva dei costi che gravano sulla catena logistica". Sul *Marebonus* v. documento interno della Commissione, del 24 novembre 2016, C(2016)7676 final.

⁵⁰ Con la legge di stabilità 2016, per dare concreta attuazione a questa visione strategica, sono state stanziare risorse finanziarie per il *Marebonus* ed il *Ferrobonus*, ossia incentivi destinati al potenziamento della catena logistica collegata, rispettivamente, all'utilizzo delle autostrade del mare e della ferrovia per trasportare le merci.

⁵¹ G. BORRUSO, G. POLIDORI, *Trasporto merci, logistica e scelta modale*, Milano, 2003; v. anche Rete Ferroviaria Italiana, *Corridoio Merci Reno-Alpi*, reperibile *online*.

La tratta Genova-Milano dovrà essere del tutto sostenuta da collegamenti ferroviari, non solo per tutelare clima e ambiente in occasione del passaggio dell'Appennino, ma anche per rendere competitivi i terminali di Voltri, Vado, Sampierdarena – e anche La Spezia (almeno fino a che non sarà costruita la Pontremolese). Il che significa che occorre accompagnare le norme di riordino per il riequilibrio modale con misure finanziarie *ad hoc* almeno per 5 anni previa autorizzazione della Commissione europea *ex art.* 107 TFUE. Un parallelo intervento del medesimo segno va posto in essere per quanto riguarda la modalità marittima: anch'essa considerata da studiare, caso per caso, come SIEG. Da considerare solo che il ricorso alle misure di promozione non determina automaticamente la chiusura del mercato (il cui accesso potrà essere limitato solo nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità).

Occorre quindi premiare l'industria pronta a riconvertirsi studiando strumenti adeguati e proporzionali per rendere più competitiva l'offerta italiana. In aggiunta ai servizi di interesse economico generale di cui sopra è infatti utile sostenere l'impresa italiana di autotrasporto pronta ad investire sul mare o sul ferro.

È necessario, infine, affrontare il delicato nodo della debolezza dell'industria dell'autotrasporto, spesso piccola e sottocapitalizzata: tanto più grave in un contesto europeo che va riorganizzandosi intorno ad alcuni *champions* competitivi a livello internazionale. Come è avvenuto nel mercato svizzero e austriaco si tratta di premiare le imprese che scommettono sull'aggregazione e sulla diversificazione modale, oltre che su tecnologie ambientali ad iniziare dalla trazione e dal *self driving*.

I modelli svizzero⁵² e austriaco⁵³, pur diversi fra loro, costituiscono una solida base di riferimento quantomeno per stimolare gli investimenti sull'intermodalità, privilegiando quindi le autostrade del mare e la ferrovia.

8. Da ultimo merita soffermarci sinteticamente sul controllo degli investimenti stranieri (FDIs) specie quando posti in essere da imprese espressione di Paesi la cui economia non risulta ispirata ai medesimi valori europei (concorrenza, accesso al mercato, sicurezza nei luoghi di lavoro, servizio di interesse economico generale). Anzitutto l'atteggiamento mostrato da alcuni Stati, *in primis* l'Italia, verso la prospettiva di investimenti stranieri (i FDIs), che nel nostro Paese si è reso palese nel corso del 2019, ma che specie nei paesi del Mezzogiorno d'Europa è parso ricorrente, sollecita molta attenzione: investimenti provenienti da un Paese, la Cina, della cui sintonia con i principi del diritto comunitario della concorrenza vi è da dubitare. Ora, non vi è dubbio che la scelta, apparentemente posta in essere dal nostro Paese, di affidare il controllo delle infrastrutture portuali alla radice dei corridoi verticali europei (di cui al regolamento 1315), per di più attraverso procedure di dubbia coerenza con il diritto comunitario dell'economia, introduce alcuni dubbi sulla intenzione dello Stato membro di attuare le politiche europee. In breve, è parso, in quella fase, che il progetto cinese di BRI costituisse nient'altro che una azione di attuazione extraterritoriale della *jurisdiction* cinese, seppure posta in essere da imprese, in netto contrasto con la *jurisdiction* europea. Questo conflitto fra sovranità in ordine alla gestione dell'economia europea ed alla tutela dell'interesse europeo

⁵² Fatto di incentivi economici, riduzioni per l'accesso alla rete e servizi di c.d. "Treni lunghi" a fronte di divieti al l'attraversamento delle Alpi sulla direttrice di Gottardo e Loetchberg. Questi incentivi sono prorogati ed anzi rafforzati in coincidenza con l'inaugurazione del tunnel del Ceneri.

⁵³ Indubbiamente impostato sui divieti e le forme di contingentamento del traffico di transito.

non avrebbe potuto e dovuto essere ignorato da uno Stato membro appunto vincolato alla realizzazione delle politiche comuni.

Ed è per questa ragione che l'ordinamento europeo ha risposto: con le forme possibili, ovviamente. Da una parte, e proprio nel 2019, l'Unione si è dotata di uno specifico regolamento che introduce una forma di *golden power* seppure molto tenue, e comunque eventuale, che si aggiunge alle misure nazionali⁵⁴. Il processo dell'Unione verso una politica industriale comune era ancora all'inizio nel 2019, ma già era evidente come uno dei pilastri di questa azione decisiva che l'Unione avrebbe dovuto porre in essere era proprio la difesa comune nel caso in cui paesi stranieri, con qualunque forma, avessero inteso svolgere la loro *jurisdiction* nel territorio dell'Unione. Ma proprio la sostanziale insufficienza dell'ordinamento dell'Unione, oltre alla inadeguatezza degli ordinamenti degli Stati membri, ha indotto l'Unione medesima ad intervenire anche con forme di difesa politica per sbarrare la strada agli investimenti stranieri ove suscettibili di pregiudicare le politiche dell'Unione. Tanto che, appena pochi giorni dopo la stipulazione dei due accordi fra Italia e Cina sul porto di Genova e sul porto di Trieste, i due leader principali europei hanno, dapprima a Nizza quindi a Bruxelles, svolto una azione politica di successo per frenare in Italia e in altri Paesi del Mediterraneo le indicate tendenze.

Probabilmente fra le riforme da costruire c'è anche quella di una maggiore efficacia della disciplina di controllo degli investimenti stranieri. Per quanto riguarda le infrastrutture ed i trasporti occorre che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti mantenga, ad esempio, una competenza generale a controllare ogni investimento di rilevanza strategica, quantomeno proveniente da una lista di Paesi predeterminati, allo scopo di assicurare comunque il perseguimento dell'interesse nazionale. Nulla vieta a Paesi stranieri di investire in infrastrutture nazionali anche avvalendosi di loro società veicolo attraverso le quali esercitano la loro *jurisdiction*. Ma tali investimenti devono essere preventivamente valutati sotto il profilo dell'interesse nazionale. Ovvio che la collaborazione con la Commissione europea, investita di una competenza parallela dal regolamento 452, è essenziale⁵⁵.

Abstract

Loyal Cooperation and Member States and Institutions Obligations in Implementing the European Single Space of Mobility. Measures and Reforms Based on Next Generation EU

The European Single Space of Mobility is based on several instruments which Article 4, para. 3 TFEU states must be implemented by Member States and Institutions. It also establishes an important provision – not new in International Law – based on loyal cooperation

⁵⁴ Si veda il regolamento 452/2019 del 19 marzo 2019: tale regolamento si aggiunge, per quanto riguarda l'Italia, al d.l. 21 del 15 marzo 2012 che, tuttavia, non sembra sia mai stato usato per le infrastrutture di trasporto.

⁵⁵ Ci permettiamo di rinviare al nostro recente lavoro *La Nuova Europa – sovrana, unita, competitiva*, Genova, 2020.

in implementing European Union Policies. Such rules do not appear to have been respected in the Italian transport sector. In fact: a. Italy has, so far, developed only domestic corridor connections, not international ones; b. no port included in the European core network is actually serving either Europe or relevant markets, thus endangering the Mediterranean's European role; c. The Motorways system, actually based on a double level approach (public and private services suppliers), clashes with Articles 14 and 106 TFEU, particularly as far as remuneration is considered; d. the relation between different transport modalities is still very unevenly balanced; e. due to complex public contracts rules, properly organizing the service is extremely difficult. Next Generation EU, through relevant reforms, could finally give Italy the opportunity to become competitive and fully part of the European Single Space of Mobility.

Pierre de Gioia Carabellese*

Custody and Transfer of Cash and Securities in the EU Legal Order

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Deposit, clearing and settlement. – 3. Custody and transfer of cash. – 4. Payment Service Directive II. – 5. Custody and transfer of securities. – 6. Conclusion.

1. Banks have developed from their original role as moneychangers to the contemporary business of deposit taking, i.e. the accepting and safekeeping of monies from the public, and the granting of loans with those monies. This business reality reflects on the definition of “credit institution” found in Article 4(1)(1) of Capital Requirement Regulation (or “CRR”)¹: ‘a credit institution is an undertaking the business of which is (i) to take deposits or other repayable funds from the public and (ii) to grant credits for its own account’. The authorization that must be obtained in order to carry out the banking business falls under the regulatory matters of the banks, as institutions, whereas the first limb of this definition, i.e. the taking of deposits, and with the provision of payment services, are more concerned about the dynamics of the credit institution. It is also worth noting that the second limb, i.e. the granting of loans, is concerned about further dynamics, as such outfit the scope of this contribution. The custody and transfer of monies is in many ways similar to the custody and transfer of securities. Moreover, banks commonly hold not only cash but also securities for their clients. Therefore, the two types of assets are usually addressed together by scholars. However, under EU legislation, the custody of cash is offered by “credit institutions” (banks), whilst custody of securities is offered by

* Full Professor di Business Law and Regulation nella Edith Cowan University di Perth.

¹ Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012. As for the literature in English in this area of law, see M. HAENTIENS, *European Harmonisation of Intermediated Securities Law: Dispossession and Segregation in Regulatory and Private Law*, in L. GULLIFER, G. PAYNE (eds.), *Intermediation and Beyond*, Oxford, 2019, p. 259 ff.; C. PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford, 2012, VII ed.; P. PAECH, *Cross-border Issues of Securities Law: European Efforts to Support Securities Markets with a Coherent Legal Framework*, in *European Parliament briefing note*, 2011; T. KEIJSER, *Transnational Securities Law*, Oxford, 2014, *passim*; J. BENJAMIN, *Financial Law*, Oxford, 2007, *passim*; R. GOODE, *The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 1996, p. 167 ss.

investment firms. Therefore, when credit institutions offer securities custody services, they do so in their capacity as investment firm².

In the medieval period, people in the Italian city-states such as Genoa, Florence and Venice brought their coins to a banker primarily for the safe keeping of these monies, but also so that the banker could facilitate, upon a transfer order by his client(s), cross-border transfers of this cash³. Thus, even at this pioneering stage of the banking business, deposits were already credited to accounts and the banker could effectuate a cross-border transfer order simply by making the relevant credit and debit entries in the accounts he maintained in his books, i.e., by making the relevant book-entries in his ledgers⁴. It is not difficult to envisage how this system of book-entry transfers was instrumental in minimising the risks that would stem from a physical cross-border transfer of monies. This system has thus been conceived and put in practice for dealings with money, and has subsequently been refined over the following centuries. It was only over the course of the last century that the invention of accounts and book-entry transfers has also been generally applied to the custody of securities.

As a result of the technological developments which materialised over the latter half of the last century, the accounts maintained on (physical) books just referred to, both in relation to money and securities, have been replaced by electronic accounts. Thus, the bulk of cash and securities in contemporary banking are held and transferred through the medium of electronic book-entries in electronic accounts. The latest stage in this development has been the invention of Distributed Ledger Technology (DLT), whereby assets are no longer held at a centralised place (such as a central securities depository or CSD for securities and a central bank for cash), but in various “nodes” or devices. Various assets can be held through DLT, including securities, but bitcoin is probably the best-known asset held through DLT. But because no extensive EU legislation has yet been enacted for this type of custody, the remainder of this paper will discuss traditional assets and their custody only.

The analysis of the matter is carried out, first and foremost, with regard to the EU legal order and, in a subordinated manner, is concerned with private and commercial law as well as administrative law. Thus, the contribution deals with the custody and transfer of money, i.e. cash and securities, mainly from a private or commercial law

² More specifically, custody services qualify as an “ancillary service”, which may be performed under a licence authorising investment services or activities. See Article 6(1) of Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (recast), (O.J.E.U. 12 June 2014) (“Markets in Financial Instruments Directive II” or “MiFID II”) and Section B of Annex I thereto, under (1). See M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, London, 2020, II ed., p. 153 ff.

³ In the medieval context the term “cross-border” should be understood as referring to transactions between different city states sometimes not far from each other, yet formally under a different jurisdiction. See, F. FORTE, *Storia del pensiero dell'economia pubblica: Dal Medio Evo al mercantilismo*, Milano, 1999.

⁴ R. DE ROOVER, *New Interpretations of the History of Banking*, in J. KIRSHNER (ed.), *Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe*, Chicago, 1974, p. 201; R.C. MUELLER, *The Venetian Money Market, Banks, Panics, and the Public Debt, 1200–1500*, London, 1997, p. 8.

perspective⁵. First, the practice and relevant EU legislation relating to the transfer of cash and securities following transactions concluded on the financial markets, i.e. “clearing and settlement”, will be discussed. The main EU instrument in this regard is the Settlement Finality Directive⁶, which deals with transfer (orders) of both cash and securities, and aims to reduce the systemic risk associated with participation in payment and securities settlement systems, and, more specifically, the risk that materialises when a participant in such a system becomes insolvent⁷.

Subsequently, attention will shift to the custody and transfer of cash. Cash in the EU is governed by the Single European Payments Area (SEPA), whilst the Payment Services Directive II (PSD II)⁸ forms a crucial component of SEPA. In short, PSD II aims to harmonise the regulatory framework regarding payment services providers and introduces an authorisation requirement for the pursuit of the payment services business. The technical and regulatory guidelines put in place via SEPA and PSD II will not be subject to an extensive discussion in this contribution, as focus will be on private law aspects.

The custody of cash and securities has not been the subject of much European legislation. Yet in the immediate aftermath of the recent global financial crisis, the issue of the custody of cash and securities and, more specifically, of the segregation of client assets from the bank’s own assets and from the assets between clients, has caught the eye of legislatures across the Globe. Thus, the rules of segregation that follow from MiFID II⁹ and the CSD Regulation¹⁰ will be discussed. Also, attention shall be drawn to the various solutions which, from a private law perspective, the relevant jurisdictions have developed for securities custody, although there is a focus on Italian law.

2. Under the Roman law concept of *depositum (regulare)*, a depositor has a property right in individually deposited assets¹¹. In general terms, this means that the depositor retains his ownership right in the deposited assets and may retrieve those assets at any time, including in the custodian’s insolvency. In practice, *depositum (regulare)* obligates a custodian to register the individual assets held for each individual depositor. This concept applied both to cash and, later, also to securities.

⁵ Interestingly, “money” is not a concept defined in EU legislation. Rather, the terms “cash” and “funds” (the latter including cash) are used. See, e.g. Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal markets, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/C (O.J.E.U. 23 December 2015) (the “Payment Services Directive II” or “PSDII”), as well as MiFID II.

⁶ Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems.

⁷ For a brief commentary to the Settlement Finality Directive, see C. PROCTOR, *The Law and Practice of International Banking*, Oxford, 2010, II ed., pp. 638, 642.

⁸ Among various commentaries about the PSDII, with specific reference to the tech-sector, see M. POLASIK, A. HUTERSKA, R. IFTIKHAR, S. MIKULA, *The Impact of Payment Services Directive 2 on the PayTech sector Development in Europe*, in *Journal of Economic Behavior & Organisation*, 2020, pp. 385 ff.

⁹ See, in English, among the different contributions, M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, pp. 154, 159.

¹⁰ Regulation (EU) No 909/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories and amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) No 236/2012.

¹¹ P. DU PLESSIS, *Borkowski’s Textbook on Roman Law*, Oxford, 2010, II ed., p. 300 ff.

However, as the practice of individual custody involved increasingly burdensome administrative costs, assets became merged in the custodian's coffers and administered on a collective basis. Moreover, money is the most interchangeable, i.e. fungible thing. Therefore, collective custody means that a banker can only return *equivalent* assets, i.e. not the very same assets that the client had deposited, but the same in terms of both quality and quantity only¹². Consequently, in most legal systems, such a commingling of assets implies the loss of ownership, which leaves the depositor with a *pari passu* claim against his custodian, and provides little or no protection in the case of the custodian's insolvency. This form of custody, under which the depositor essentially loses ownership and the custodian is obligated to return equivalent assets, has been coined *depositum irregulare*¹³. The consequence of *depositum irregulare* that the depositor effectively loses his ownership right in exchange for a *pari passu* claim against his custodian has been generally accepted for cash, but not so for securities. Thus, depositors of cash are protected by means of Deposit Guarantee Schemes¹⁴, but for securities other solutions have been found, which will be discussed in paragraph 4 later on.

This phenomenon that depositors nowadays hold the greatest part of their assets in electronic accounts with their bank is complicated by two factors. First, in today's financial system, cash and securities are virtually always centrally stored: cash with a central bank and securities with a central securities depository (CSD). Practically, clients, particularly retail clients, never hold their assets (cash and securities) with these central depository institutions, as these are held on an account with a financial institution. On its turn, the latter, often a bank, may hold these assets on an account with the central depositories. On the account with the central depository, registered in the financial institution's name, the aggregate of all client assets of this institution is credited. This account is therefore commonly denoted as an "*omnibus*" account. Thus, this *omnibus* account does not distinguish (either legally or operationally) between the underlying retail clients and may or may not include the financial institutions' own assets¹⁵. Moreover, between the retail client and the central depository, multiple financial institutions may be interposed; in this scenario, several *omnibus* accounts will exist between the retail client and the central depository as the financial institution in our example may hold an omnibus account with a second institution and so on.

Second, today's multiple tiered system is only rarely purely domestic. Financial institutions holding (*omnibus*) accounts with each other may be located in different jurisdictions, and only rarely a client's securities portfolio consists of securities issued by issuers located in only one jurisdiction. These different jurisdictions may treat the holding and protection of client assets differently, which "may give rise to legal disputes as to ownership and entitlement to the assets, and complicate transfers

¹² Cf. M. HAENTJENS, *Harmonisation of Securities Law*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 29 ff.

¹³ C. BERNASCONI, *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held through Indirect Holding Systems* (November 2000) (Preliminary Document no. 1 to the Hague Conference on Private International Law), p. 19 (online)

¹⁴ See M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, pp. 125, 133.

¹⁵ There are, however, also systems that do distinguish, whilst EU statutes may impose the obligation on custodians to offer such segregated accounts to clients. See, e.g. Article 39 of EMIR (Parliament and Council Regulation (EU) No 648/2012 of 4 July 2012 on OTC Derivatives, Central Counterparties and Trade Repositories [2012], (EMIR).

or the rapid return of the assets to clients”¹⁶. Moreover, under the conflict of laws rule that has been introduced in European Union law by the Settlement Finality Directive and the Financial Collateral Directive¹⁷, the law of the place applies where the “relevant” securities account is located, i.e. the account on which securities in question are credited. This means that in a securities custody chain where multiple financial intermediaries are interposed between clients and central securities depository, multiple laws may apply which may have different (substantive) rules on the holding and protection of the same client assets¹⁸. A transfer of cash largely follows the same pattern as the transfer of securities, given the fact that one only needs to substitute “payor” for transferor and “payee” for transferee, and “central bank” for CSD.

It is important to note that the relationships between A and his bank, as well as between B/C and their bank must be considered separately, as these relationships are legally to be distinguished from the relationship between A and B/C – which relationship may nonetheless have given the cause for the securities transfer. In the case of securities transfers that have been concluded on a stock exchange, transferor and transferee are normally even unaware of each other’s identity and merely order their respective financial institutions to buy or sell securities of a certain type.

Also, it is worth noting that, for most cash and securities transfers, the financial institutions that effectuate these transfers for their clients and themselves make use of a “clearinghouse” or a “central counterparty” (the latter is also referred to as CCP). Such clearinghouse or CCP have in common that they calculate the aggregate of the obligations of all transactions that the participants, i.e. the financial institutions that participate in the system managed by the clearinghouse or CCP, conclude between themselves on a given day. Whilst the actual delivery or transfer of assets is called “settlement”, this calculation process is called “clearing”¹⁹.

Whereas trade-for-trade settlement systems, i.e. systems wherein payment and transfer of every single transaction is calculated individually and no netting or set-off takes place, might provide a high level of transparency, they are costly and technically difficult to realize²⁰. Moreover, netting or set-off of securities and payment transfers reduces the risks associated with individual transfers and thus result in a cost reduction. In most systems, both delivery and payment obligations are therefore netted, which is performed by a CCP, or a clearinghouse.

¹⁶ Basel Committee on Banking Supervision, Report and recommendations for the resolution of cross-border financial institutions (2010) (‘BCBS Report’), p. 40.

¹⁷ Article 9(2) Settlement Finality Directive – to be discussed later in this Paper; and Article 9 Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements. On this Directive, see more extensively M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, pp. 174 ff. The same rule can be discerned in §§ 8–110 (1994) of the US Uniform Commercial Code enacted in all US States, and in the (not yet enacted) Convention on the law applicable to certain rights in respect of securities held with an intermediary, although these latter two instruments give primacy to party autonomy. These rules show that there is not even a global uniform conflict of laws rule to determine, which (substantive) rules apply to the holding and protection of client assets.

¹⁸ For a very brief overview of a settlement in the “real world”, therefore in the financial practice, see The Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, November 2001, 11 (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/first_giovannini_report_en.pdf).

¹⁹ *Infra*, 6.

²⁰ M. HAENTJENS, *supra* note 12, pp. 44, 46.

Although similar, the netting by a CCP and a clearing house must be distinguished, as in a CCP system, the net balance has to be paid/delivered to or by the CCP, whereas in a clearinghouse system, the net balance is paid/delivered between the participants themselves through accounts with the CSD and the central bank. For that purpose, the CCP's participants maintain so-called clearing member accounts with the CCP. In a clearinghouse system, the clearing house calculates the net positions of all its participants' obligations or all their transfer orders²¹. At the end of the trading cycle, the clearing house typically submits the netted orders to the CSD and central bank, and the CSD and central bank credit and debit the participants' accounts accordingly. Where the clearing house does not become a (central) counterparty to its participants, a central counterparty or CCP is interposed between the participants' transactions and in that capacity takes over their obligations by novation²². Thus, for all transactions, the financial institution of the transferor (in the case of a securities transfer) or payor (in the case of a cash transfer) has to deliver to the CCP instead of to the financial institution of the transferee/payee. The CCP consequently also takes over all the risks attached to non-performance by a defaulting party, and the use of a CCP therefore results in a considerable reduction of settlement risk. Then, i.e. after a trading day, the CCP usually nets all the obligations, thereby reducing "all outstanding residuals to a single debit/credit between itself and each member (rather than a multiplicity of bilateral exposures between members)"²³.

The reversal of entries in cash and securities accounts is mainly prompted by the insolvency of one of the parties involved, or for reasons of (operational) mistakes by the financial institutions that maintain cash and securities accounts. The European legislature has addressed the risk that the reversal of cash or securities transfers may pose to a financial system relatively early. It was acknowledged that legal uncertainty should be minimised, particularly in the context of such a vital element of modern economies, and recognised that in payment and securities settlement systems, an enormous amount of transactions between numerous participants is multilaterally effectuated on a daily basis, while the reversal of settlements in that context is cumbersome and often impossible²⁴.

The Settlement Finality Directive was adopted on 19 May 1998²⁵. Its main purpose has been to reduce the systemic risk associated with participation in payment and securities settlement systems, and, more specifically, the risk that materialises when a participant in such a system becomes insolvent²⁶. Therefore, the Settlement

²¹ Cf. Article 2(e) Settlement Finality Directive, to be discussed in M. HAENTJEN, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, pp. 160, 167. See also L. VAN SETTEN, in M. VEREECKEN, A. NIJENHUIS, *Settlement Finality in the European Union. The EU Directive and its Implementation in Selected Jurisdictions*, Deventer, 2003, p. 267.

²² Cf. Article 2(c) Settlement Finality Directive, to be discussed later in this Paper under Chapter 3. As far as Article 2(1) EMIR is concerned, see M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, pp. 226, 227.

²³ L. VAN SETTEN, *supra* note 21, p. 269. See also Giovannini Group Report, 5.

²⁴ M. HAENTJENS, *supra* note 12, p. 237 ff.

²⁵ In the UK, Directive 98/26 was transposed by means of the *Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulations 1999*. See C. PROCTOR, *supra* note 7, pp. 638, 642.

²⁶ See Recitals 2, 4 and 9 Settlement Finality Directive. More specifically Recital (2) states as follows: "Whereas it is also of the utmost importance to reduce the risk associated with participation in securities settlement systems, in particular where there is a close connection between such systems and payment systems". Recital (4) adds that "Whereas it is desirable that the laws of the Member States should aim

Finality Directive, first and foremost, determines that transfer orders and payment netting be final and non-revocable in nature, it determines which insolvency rules are applicable to claims and obligations in a payment/securities settlement system, and it insulates (the enforcement of) collateral, i.e. the assets that are used to secure an obligation²⁷, from insolvency proceedings. Moreover, the Settlement Finality Directive provides for a conflict of laws rule regarding some proprietary issues of securities custody and transfer law. As a general matter, the Settlement Finality Directive constitutes a departure from traditional European financial law legislation where the focus lies on mutual recognition of home-country supervision. Instead, the Settlement Finality Directive gives primacy to the law and the rules of the settlement and payment systems.

Article 3 is the Settlement Finality Directive's pivotal provision of substantive law. It requires national laws to ensure that transfer orders and netting are enforceable once entered into a payment or securities settlement system. Enforceability is to be ensured regardless of the commencement of insolvency proceedings against a participant of the system after that entry, while Article 3 further states that the moment of entry should be defined by the rules of the system itself. From which moment onwards a transfer order cannot be revoked is also to be defined by the rules of the system, particularly according to Article 5 of the Settlement Finality Directive.

Article 7 stipulates that the insolvency of a participant in a payment or securities settlement system has no retroactive effects with regard to this and other participants' rights and obligations towards the system. This provision is complemented by Article 9(1), requiring the EU Member States to implement legislation that insulates (the enforcement of) collateral from the effects of insolvency proceedings commenced against a participant in a system.

Conflict of laws rules are found in Articles 8 and 9. The rationale behind both provisions is that neither the operator of a payment or securities settlement system, nor its participants should have to take into account the national laws of the participants, particularly those of insolvency nature, for purposes of determining their rights and obligations against the system. Article 8 provides that the effects of one of the participant's insolvency be determined by the law designated by the operator of the settlement system, thus deviating from the general rule under which the law of the jurisdiction where insolvency proceedings commenced will apply (*lex concursus*)²⁸. Where a participant has obtained collateral in the form of securities, Article 9(2) refers to the law of the EU jurisdiction where this participant's/

to minimise the disruption to a system caused by insolvency proceedings against a participant in that system". Recital (9) concludes: "Whereas the reduction of systemic risk requires in particular the finality of settlement and the enforceability of collateral security; whereas collateral security is meant to comprise all means provided by a participant to the other participants in the payment and/or securities settlement systems to secure rights and obligations in connection with that system, including repurchase agreements, statutory liens and fiduciary transfers; whereas regulation in national law of the kind of collateral security which can be used should not be affected by the definition of collateral security in this Directive".

²⁷ On collateral see extensively M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, p. 229 ff.

²⁸ See M. OOL, *Shares and Other Securities in the Conflict of Laws*, Oxford, 2003, p. 250. See EU Insolvency Regulation Article 9 (Council Regulation 1346/2000/EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings).

collateral taker's rights are registered to determine their nature²⁹. The Settlement Finality Directive has been implemented in all Member States with no significant deviations³⁰.

3. Cash is a most fungible thing. As mentioned above³¹, from the thirteenth century onwards, depositors of cash rank *pari passu* with other depositors and, more generally, with other creditors of the bank once their cash is commingled with the cash of other depositors. In most continental European legal systems, client cash forms part of a bank's property and segregation (the separation of client assets from the bank's own assets and from the assets between clients), is therefore usually accomplished by operational rules only. In contrast, under English law, client funds do not form part of the property of a bank that has accepted client funds. Upon receipt, those funds form part of a statutory trust and thus take free of the bank's own creditors' claims. In the insolvency of Lehman Brothers International (Europe), the UK Supreme Court decided, in short, that even where funds have not been operationally segregated from the firm's own accounts, these funds take free of the firm's own creditors. This also means that if losses occur within the trust formed by client funds, these losses must be shared amongst the clients, whether or not they have been operationally segregated³².

Notwithstanding the depositors' *pari passu* ranking with other depositors, several rules of EU regulatory law aim to protect depositors (and investors). In this regard, MiFID II³³ currently arranges for the principal and fundamental pillar at an EU level. MiFID II states in its Article 16(9): "An investment firm shall, when hold-

²⁹ See also, in slightly different wording, Article 25 of Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganization and winding up of credit institutions of 4 April 2001 (O.J. L 125 of 5 May 2001) (the "Winding-up Directive"). See M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *supra* note 2, p. 138 ff. Scholars (K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge, 2019, p. 21) emphasise that there is an entrenched judicial case (1974), "*Bankhaus Herstatt*", which seemingly has sparked off the set-up of a "finality legislation". "Herstatt" was a small bank based in Germany which became insolvent. The bank, albeit small, had in place huge transactions in the foreign exchange markets. These transactions were closed and settled in favour of the German branches of the bank, but this happened before the US transactions were settled; therefore, the US leg of the bank, and its counterparties, ended up being disadvantaged. The US clearing house, therefore, needed to step up to the plate and cover the negative balance arising out of the US transactions of "Herstatt". The case shows that the "credit and settlement risk in inter-bank payment systems can threaten financial stability [...]" (Id., p. 21-22). Ultimately, the regulation in this area should balance two opposite needs, in case of insolvency: on the one hand, to ensure adequate liquidity between banks in transactions; on the other hand, to reduce unnecessary risk exposures.

³⁰ *Report from the Commission, Evaluation Report on the Settlement Finality Directive 98/26/EC (EU 25)*, COM(2005)657 final/2, 9.

³¹ *Supra*, par. 1.

³² *Re Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) [2012] UKSC 6 (SC)*. See, amongst many, P.K. STAIKOURAS, *A Novel Reasoning of the UK Supreme Court Decision in Lehman Brothers: the MiFID Segregation Rule from the Angle of Financial Intermediation and Regulation Theory*, in *Journal of Business Law*, 2014, pp. 97, 120; D. GRUYAERT, S. VAN LOOCK, *UK Supreme Court Decision on Lehman Brothers Client Money: Equity or Lottery*, in *European Review of Private Law*, 2014, pp. 217 ff.

³³ Articles 16(8) and 16(9) of Parliament and Council Directive 2014/65/EU of 15 May 2014 Markets in Financial Instruments [2014] (MiFID II), amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU; and 2 caput and (1) of Parliament and Council Regulation (EU) No 600/2014 of 15 May 2014 Markets in Financial Instruments [2014] (MiFIR), amending Regulation (EU) No 648/2012, respectively.

ing funds belonging to clients, make adequate arrangements to safeguard the rights of clients and, except in the case of credit institutions, prevent the use of client funds for its own account.

These two prescriptions have been further elaborated in Delegated Directive 2017/593³⁴, and, more specifically, in Articles 2–8 of this Delegated Directive. Article 2(1)(a) of Delegated Directive 2017/593, for instance, provides:

Member States shall require that investment firms comply with the following requirements: (a) they must keep records and accounts enabling them at any time and without delay to distinguish assets held for one client from assets held for any other client and from their own assets...”.

In most European jurisdictions, investment firms are not allowed to hold cash on behalf of clients other than cash in connection with the providing of investment services, because it may not act as a bank without being licensed as such. Payment institutions, on the other hand, are under a separate obligation to safeguard their clients’ funds. Interestingly, under PSD II, Member States are offered the choice to accomplish this either through property law segregation or insurance³⁵. As a matter of principle, property law regulation is left to the discretion of the Member States³⁶.

Finally, Article 39(1)–(4) of the European Market Infrastructure Regulation (EMIR) requires CCPs to segregate monies held for clients³⁷. CCPs typically hold securities and cash as collateral for (future) obligations of their participants. Article 39(1)–(3) of EMIR generally speaks of “assets and positions” that the CCP must segregate, which may include both cash and securities. Pursuant to Article 39(4)–(5) of EMIR, this obligation is extended to the CCP’s clearing members, i.e. the CCP participants.

In order to achieve property law segregation of cash in a civil law jurisdiction, an option seems to be the creation of a special purpose vehicle (SPV). In such a set-up, the client has a direct claim against the SPV with respect to the cash deposited. The obligations of the SPV with respect to the cash are solely towards the payment institution’s clients. Consequently, clients’ rights with respect to the cash are separated from the payment institution’s own assets and are therefore protected from any risk of the payment institution becoming insolvent and from recourse by the payment institution’s creditors. It is essential for the functioning of such a set-up to reduce the risk of the SPV becoming subject to claims of creditors (other than the clients who have deposited cash) or of the SPV going bankrupt to virtually nil, by limiting its activities to the safekeeping of cash and insulating it, insofar as possible, from all other obligations and/or liabilities. Therefore, it must be expressly prohibited from engaging in any activity other than the holding of cash which involves a commercial risk and it must be expressly denied the power to carry on such activity.

³⁴ Commission Delegated Directive (EU) 2017/593 of 7 April 2016 Safeguarding of Financial Instruments and Funds Belonging to Clients, Product Governance Obligations and the Rules Applicable to the Provision or Reception of Fees, Commissions or any Monetary or Non-Monetary Benefits [2016], supplementing Directive 2014/65/EU.

³⁵ Article 10(1) PSD II. On PSD II, see also paragraph 3 below.

³⁶ Cf. Article 2(1)(a) of Delegated Directive 2017/593, cited previously.

³⁷ See, again, EMIR.

4. As stated already³⁸, cash in the EU is governed by the Single European Payments Area (SEPA), which consists of the EEA plus Switzerland and Monaco. Under the SEPA Regulation³⁹, payment services providers must implement certain technical requirements for credit and debit transactions in euro. A crucial element of SEPA is the Payment Services Directive II (PSD II) which aims to harmonize the regulatory framework regarding payment service providers, i.e. credit institutions and, in short, the range of institutions which manage payment transactions in euro⁴⁰. Thus, it introduces an authorisation requirement for the pursuit of the payment service business, and provides a mechanism for the supervision of payment service providers.

Importantly, the 2015 amendment of PSD II's precursor introduced new rules on digital payment services, so as to regulate new payment products and services⁴¹. More specifically, PSD II now contains rules on, and facilitates the pursuit of "account information services", i.e. services providing the payment service user with aggregated online information on one or more payment accounts, and "payment initiation services", i.e. services providing "comfort to a payee that the payment has been initiated in order to provide an incentive to the payee to release the goods or to deliver the service without undue delay"⁴². From a private law perspective, Articles 64–93 PSD II are of note. These provisions contain rules on the payer's authorization of payment transactions, various types of liability, and the irrevocability of payment orders. As a matter of principle, Article 73(1) PSD II provides that in the case of an unauthorized payment transaction, the payer's payment service provider refunds the payer the amount of the unauthorized payment transaction immediately, and in any event no later than by the end of the following business day, after noting or being notified of the transaction, except where the payer's payment service provider has reasonable grounds for suspecting fraud and communicates those grounds to the relevant national authority in writing.

However, Article 74 PSD II lists several circumstances under which the payee may be liable. The content of these rules is specified in Articles 88–93 PSD II.

5. If a bank or investment firm does not record the individual numbers of the securities it holds for each client separately, or, more generally, if these securities are not in any way identifiable as a specific client's property, most civil law jurisdictions will deem these securities to form part of that bank's or investment firm's (own) property. As stated previously, this phenomenon is commonly denoted as *depositum irregulare* and involves the "comingling" of the assets of various depositors held collectively by one financial institution. *Depositum irregulare* has dramatic consequences in most civil law systems: without specific legislation or special measures, the commingling of securities to which multiple clients are entitled,

³⁸ *Supra*, par. 1.

³⁹ Regulation (EU) No 260/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 establishing technical and business requirements for credit transfers and direct debits in euro and amending Regulation (EC) No 924/2009.

⁴⁰ C. PROCTOR, *supra* note 1, pp. 82, 83 has pointed out that the main objectives of Directive 2007/64, i.e. the precursor of PSD II: first and foremost, "to allow wider range of participants (including non-banks) in the market of for payment services"; additionally, to strengthen the consumer protection, "with rules requiring clarity and transparency of charging structures".

⁴¹ 4th Recital PSD II.

⁴² 29th Recital PSD II.

would mean that these securities are deemed to be part of the bankruptcy estate in the event the bank or the investment firm that holds those securities falls bankrupt⁴³. Civil law jurisdictions therefore need both legal and operational rules to accomplish asset segregation and client protection.

In common law jurisdictions, as a general rule, client securities do not form part of the property of a bank or an investment firm, at least in as far as the bank's or the investment firm's administration holds the securities for the benefit of clients. Such securities form part of a statutory trust and thus take free of the bank's or the investment firm's own creditors' claims. Common law jurisdictions therefore need operational rules to achieve asset segregation and client protection.

As for cash, the MiFID II⁴⁴ gives the principal and most general European regulatory rule with regard to the segregation of securities: "an investment firm shall, when holding financial instruments belonging to clients, make adequate arrangements so as to safeguard the ownership rights of clients, especially in the event of the investment firm's insolvency, and to prevent the use of a client's financial instruments on own account except with the client's express consent"⁴⁵.

As stated previously, for cash, these two prescriptions have been further elaborated in Delegated Directive 2017/593⁴⁶ and, more specifically, in Articles 2–8 of this Delegated Directive.

The statement that the rules on segregation of MiFID II and the Delegated Directive are addressed to Member States that must require investment firms to comply with those rules is relevant, *inter alia* because the scope of these rules may thus seem to be limited to "investment firms". Yet they have a far wider scope as they also apply to banks whenever banks provide investment services⁴⁷, as well as to "market operators, data reporting services providers, and third-country firms providing investment services or performing investment activities through the establishment of a branch in the Union"⁴⁸.

Additionally, the MiFID rules also indirectly apply to investment funds. More specifically, the Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFMD)⁴⁹ as well as the Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Directive (UCITS V)⁵⁰ require that fund assets are held with a depositary, and that such a

⁴³ Cf. M. HAENTJENS, *supra* nota 12, pp. 33 ff.

⁴⁴ Arts 16(8) and 16(9) Parliament and Council Directive 2014/65/EU of 15 May 2014 Markets in Financial Instruments [2014], (MiFID II), amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU; and 2 caput and (1) of Parliament and Council Regulation (EU) No 600/2014 of 15 May 2014 Markets in Financial Instruments [2014], (MiFIR), amending Regulation (EU) No 648/2012, respectively.

⁴⁵ MiFID II (n. 50) Article 16(8).

⁴⁶ Commission Delegated Directive (EU) 2017/593 of 7 April 2016 Safeguarding of Financial Instruments and Funds Belonging to Clients, Product Governance Obligations and the Rules Applicable to the Provision or Reception of Fees, Commissions or any Monetary or Non-Monetary Benefits, supplementing Directive 2014/65/EU.

⁴⁷ MiFID II (n. 50) Article 1(3) and (4).

⁴⁸ *Ivi*, Article 1(1).

⁴⁹ Parliament and Council Directive 2011/61/EU of 8 June 2011 Alternative Investment Fund Managers [2011] OJ L 174, amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010.

⁵⁰ Parliament and Council Directive 2014/91/EU of 23 July 2014 Coordination of Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities (UCITS) as regards Depositary Functions, Remuneration Policies and Sanctions, amending Directive 2009/65/EC.

depository must segregate these fund assets from its own assets under the MiFID rules just referred to. More specifically, Article 21(8)(a) of the AIFMD reads: the assets of the AIF or the AIFM acting on behalf of the AIF shall be entrusted to the depository for safe-keeping, as follows: for financial instruments that can be held in custody: (i) the depository shall hold in custody all financial instruments that can be registered in a financial instruments account opened in the depository's books and all financial instruments that can be physically delivered to the depository; (ii) for that purpose, the depository shall ensure that all those financial instruments that can be registered in a financial instruments account opened in the depository's books are registered in the depository's books within segregated accounts in accordance with the principles set out in Article 16 of Directive 2006/73/EC, opened in the name of the AIF or the AIFM acting on behalf of the AIF, so that they can be clearly identified as belonging to the AIF in accordance with the applicable law at all times.

Article 22(5)(a)(ii) of UCITS V is very similar⁵¹.

From the AIFMD and UCITS V rules just cited, it can be inferred that any securities purchased by an investment fund or fund manager for the fund must be held with a depository⁵². This depository thus acts as an intermediary and the fund or fund manager as an (ultimate) securities account holder. In accordance with Article 16 of the MiFID II and the Delegated Directive cited previously, this intermediary must segregate, on its own books, the securities of the alternative investment funds or UCITS, per fund (rather than per fund manager) from its own securities.

Since 2014, additional rules on the segregation of securities can be found in the CSD Regulation. Article 38(1) of the CSD Regulation stipulates:

For securities where settlement system it operates, a CSD shall keep records and accounts that shall enable it, at any time and without delay, to segregate in the accounts with the CSD, the securities of a participant from those of any other participant and, if applicable, from the CSD's own assets.

This means that the CSD must segregate, in its own books, securities belonging to the CSD's participants, per intermediary, from the securities belonging to the CSD itself.

Paragraphs (2) – (4) of the CSD Regulation go on to say that CSDs must also allow their participants to segregate the securities of the participants themselves from those of the participants' clients⁵³, either through accounts with the CSD that do not distinguish between clients (“omnibus client segregation”)⁵⁴, or through accounts with the CSD that do distinguish between clients (“individual client segregation”)⁵⁵. In other words, the accounts per intermediary must distinguish between client securities and the first-tier intermediary's own securities. Also, it should be possible that the CSD distinguishes, on its own books, between clients, i.e. second-tier account holders⁵⁶.

⁵¹ See also UCITS (n. 57) Article 22 (3), added by the European Parliament, for specific requirements when the depository delegates its takes to a third party.

⁵² See also above, paragraph 3.

⁵³ CSDR, Article 38(2).

⁵⁴ *Ivi*, Article 38(3).

⁵⁵ *Ivi*, Article 38(4).

⁵⁶ This is implied from the CSDR Article 38(5) which provides that a participant in a CSD “shall offer its clients at least the choice between omnibus client segregation and individual client segregation”.

Very similar rules can be found in Article 39(1) – (4) of the European Market Infrastructure Regulation (EMIR)⁵⁷. This Regulation concerns Central Counter Parties (CCPs), which in the Regulation are defined as “a legal person that interposes itself between the counterparties to the contracts traded on one or more financial markets, becoming the buyer to every seller and the seller to every buyer”⁵⁸. CCPs typically hold securities as collateral for (future) obligations of their participants. Article 39(1)–(3) of EMIR generally speaks of “assets and positions” that the CCP must segregate, which may include securities. Pursuant to Article 39(4)–(5) of EMIR, this obligation is extended to the CCP’s clearing members, i.e. the CCP participants.

It has just been discussed how MiFID II has introduced, on the European level, standards for the custody of securities. However, harmonization, let alone unification of private or commercial law rules for securities custody has not been achieved, as different jurisdictions remain to have different legal regimes of securities custody. This is not to say that there have been attempts and initiatives of harmonisation, which we will discuss further later.

The principal distinction between the current regimes of securities custody is between jurisdictions that confer clients some kind of co-property interest in their securities and jurisdictions that have developed other views⁵⁹. Co-property interests are known in civil law jurisdictions such as Germany, Spain and the Netherlands, where it is based on the *Depotgesetz*, the *Ley del Mercado de Valores* and the *Wet giraal effectenverkeer (Wge)*, respectively. Fungible custody in Belgium and Luxembourg is based on *Koninklijk Besluit* (Royal Decree) no. 62 and several *Règlements grand-ducal* (Grand-ducal Decrees) respectively, which establish co-ownership in notional pools of securities⁶⁰.

To give an example of a system that confers clients some kind of co-property interest in their securities in order to eliminate the consequences of commingling, the *Wet giraal effectenverkeer (Wge)* – the Dutch Act for securities custody and transfer – makes securities that are subject to this specific statute and which are deposited on behalf of a client with an “intermediary” form part of a collective deposit (or “pool”) of securities of the same kind, i.e. securities that are mutually interchangeable, deposited with that institution on behalf of clients. By virtue of the *Wge*, clients who have deposited their securities with an intermediary, lose their individual ownership of the securities deposited and become joint owners of the relevant collective deposit, pro rata to the quantity of securities deposited. Since the same Act provides that a collective deposit does not form part of the assets of the intermediary, the securities are not available to the intermediary’s liquidator if the intermediary becomes

⁵⁷ Parliament and Council Regulation (EU) No 648/2012 of 4 July 2012 on OTC Derivatives, Central Counterparties and Trade Repositories (EMIR).

⁵⁸ EMIR, Article 2(1).

⁵⁹ The Italian jurisdiction is a legal system where a regime of separation of assets has been implemented, so long as both money and financial products deposited are dealt with in connection with one or more investment activities. See Article 22 of the Italian Consolidated Act (Legislative Decree no. 58 of 24th February 1998), where this concept of separation is enshrined in law, in clear derogation from a “national” legal tradition where assets and cash of clients are usually commingled with the assets of the credit institution. Among Scholars, see F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Bologna, 2019.

⁶⁰ Of 17 February 1971, of 8 June 1994, of 7 June 1996, of 16 August 2000 and a statute of 3 September 1996. See also the EU Clearing and Settlement Legal Certainty Group Questionnaire (2007), 130 (EU Questionnaire).

insolvent, and are therefore protected. Each joint owner of a collective deposit has a claim *in rem* against the intermediary. On the same basis as the collective deposits are established with intermediaries, so-called “*giro*” deposits are established with the CSD. Just as a collective deposit is a pool consisting of securities of a particular kind deposited with an intermediary by its clients and administered by the intermediary, a “*giro*” deposit is a pool consisting of securities of a particular kind deposited by intermediaries with the CSD and administered by the CSD.

Other regimes for securities custody can be distinguished in the Anglo-American models and so-called transparent models. Under UK and US law, investors enjoy a bundle of rights *in rem* as well as *in personam* against their intermediary. In the UK, account holders’ contractual rights follow from their contract with the custodian, while their property law rights classify as co-ownership rights, which may follow from the concept of trust⁶¹. In the US, the Uniform Commercial Code (UCC) Article 8 provides investors with a “security interest”, i.e. a bundle of rights that includes both proprietary and contractual rights in respect of the securities to which they are entitled.

Brazilian and Chinese law represent examples of regimes where client accounts are segregated on all levels of the custody chain. Thus, these systems qualify financial intermediaries as mere account operators and (fictionally) regard securities custody as *depositum*, i.e. the administration of individual assets per individual client.

It requires little imagination to realize that the preceding differences in legal regimes “may give rise to legal disputes as to ownership and entitlement to the assets, and complicate transfers or the rapid return of the assets to clients” as the Basel Committee on Banking Supervision warned⁶². Consequently, securities custody has been the subject of various international harmonisation initiatives, many of which have not yet been enacted. On the European level, the European Commission has been working on harmonisation of securities custody law since the so-called Giovannini Reports of 2003, most recently through the set-up of an Expert group on conflict of laws regarding securities and claims and the publication of its Communication clarifying conflict-of-law rules for securities⁶³. No actual legislative proposal has yet been published, although it is obvious that in this area of law the various loopholes should require the legislature to put forward a faster intervention.

6. Entrenched legal concepts such as the *depositum* have been the subject matter of an in-depth reassessment as a result of the practice of banks and intermediaries. Additionally, the digital economy is pushing operators toward digitalized means of payments, i.e. electronic payments.

⁶¹ See EU Questionnaire (2007), p. 143. On English law, see, e.g., A. HUDSON, *Hudson The Law of Finance*, London, 2013, II ed., p. 636 and 692-693.

⁶² Basel Committee on Banking Supervision, Report and recommendations for the resolution of cross-border financial institutions (2010) (‘BCBS Report’).

⁶³ See https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-markets/post-trade-services/securities-and-claims-ownership_en.

For previous expert groups, see Giovannini Group, *Cross-border clearing and settlement arrangements in the European Union* (November 2001), available at ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/; Giovannini Group, *Second report on EU clearing and settlement arrangements* (April 2003), available at ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/.

As regards the latter, the EU response has been fast and prompt, as it is possible to affirm that the Single European Payment Area has provided customers with strong safeguards. The EU banking system, particularly in the Euro area, benefits from a clear legal framework applicable to the electronic transfer of money which has been in place for a long time. This framework is entrenched and so overhauled and consistent that it is not too speculative to predict that sooner rather than later the last rites shall be given to the other traditional forms of payment, such as cheques and bills of exchange.

Nevertheless, this paper shows that the area of the provision of investment services is still affected by loopholes, and the attempts made towards the harmonization in the last years towards the harmonization has not proved totally efficient. “Strongholds” of private law are still standing in the scene of the investment services activities. The most significant one is the existence of different national rules applicable to the nature of the holding of deposits.

According to the same line of reasoning, strong evidence is provided in this work that the same principle of separation of assets, which is, on the one hand, associated with the MiFID II (and previously MiFID I), on the other hand, is shaped as the pillar of the uniform regulation across Europe existing in this area, is perhaps a myth, rather than a reality, not just in its practical implications (the “Lehmann Brothers” case is still “alive and kicking” in the memories), but also and simply in its theoretical premises.

Ultimately, and from a somehow philosophical perspective, the friction between regulation and private law becomes obvious in this area of law, with businesses, including banks and intermediaries, seemingly supporting a uniform, yet aseptic regulation, whereas jurists may have an obvious and still overwhelming interest to protect and safeguard the prerogatives and peculiarities of national systems. It is difficult to predict who the winner or, by contract, the loser will be: notwithstanding this, the debate is going to be inflammatory and far from reaching definitive stances.

Abstract

Custody and Transfer of Cash and Securities in the EU Legal Order

Legend has it that harmonization, in the area of cash and securities, has “rocketed” in the last years to very high standards of harmonisation within the EU. By contrast, the paper, in juxtaposing the EU framework existing in this area against the one relating to the payment systems, among the others, provides pieces of compelling evidence that the reality may be quite different. Against this background, the paper shows that in international finance the path towards the full European integration is still arduous, yet not a chimera, although the frictions between the international private law rules (and their regional “magnitude”) on the one hand, and the global approach and European harmonisation on the other hand, may represent in the future the real conundrum to solve.

Teresa Maria Moschetta*

La *governance* europea per il clima e l'energia: un approccio "solidale" nel processo decisionale dell'UE**

SOMMARIO: 1. Il *Green Deal* europeo e la ricerca di nuovi modelli normativi nella composizione d'interessi tra Unione e Stati membri. – 2. Limiti definitivi per la competenza dell'Unione in materia di energia. – 3. L'articolazione delle competenze normative tra Unione e Stati membri in materia di energia e ambiente. – 4. La solidarietà interstatale come criterio di bilanciamento tra interessi nel processo decisionale. – 5. La *governance* europea sul clima e l'energia. – 6. La proposta per una legge europea sul clima: prospettive di consolidamento di un processo decisionale "solidale". – 7. Rilievi conclusivi.

1. Le grandi sfide che l'Unione europea e i suoi Stati membri sono chiamati ad affrontare nei prossimi decenni richiedono la predisposizione di processi decisionali volti a realizzare un'articolazione coerente degli interventi normativi tra livello statale e sovranazionale, soprattutto in quei settori di competenza che appaiono più esposti all'emergere di particolarismi nazionali nel perseguimento di obiettivi comuni. In tale prospettiva rientrano sicuramente le azioni che l'Unione europea dovrà intraprendere per tracciare un solido quadro normativo idoneo a contribuire alla realizzazione degli obiettivi ambientali che concernono in particolare la lotta al cambiamento climatico, anche in ossequio agli obblighi da essa assunti in ambito internazionale¹.

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

** Il presente contributo è frutto delle riflessioni presentate al convegno "La Conferenza sul futuro dell'Europa: un nuovo slancio per la democrazia europea", organizzato dall'Università di Messina il 12 e 19 gennaio 2021.

¹ L'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015, concluso nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, prevede un piano d'azione per limitare a livello globale il riscaldamento "ben al di sotto" dei 2° centigradi rispetto ai livelli preindustriali e pone in capo alle parti contraenti obblighi giuridicamente vincolanti tra cui si rileva la presentazione degli sforzi compiuti per ridurre le emissioni nazionali ed adattarsi alle conseguenze dei cambiamenti climatici (NDC). L'Unione europea ha ratificato l'accordo con decisione 2016/1841/UE, del 5 ottobre 2016. Il 18 dicembre 2020 il Consiglio ha trasmesso all'UNFCCC la presentazione di un unico contributo determinato a livello nazionale (NDC) per conto dell'Unione e dei suoi Stati membri, che prevede l'obiettivo di ridurre di almeno il 55% le emissioni di gas ad effetto serra entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990, conformemente agli orientamenti espressi dal Consiglio europeo dell'11 dicembre 2020. Sul tema vedi, J. ESCRIBANO UBEDA-PORTUGUES, *El papel clave de Naciones Unidas y la Unión europea en la protección del medio ambiente en el marco de la lucha contra el cambio climático*, in *Ordine internazionale e diritti umani*,

L'esigenza di tale cambiamento di prospettiva sembra essere il comune denominatore delle posizioni espresse dalle istituzioni dell'Unione europea nella definizione di un nuovo approccio normativo, al fine di realizzare una sintesi coerente tra interessi sovranazionali e nazionali sui grandi temi concernenti la realizzazione di una "trasformazione sostenibile" dell'economia europea². In tale direzione si colloca la comunicazione della Commissione europea simbolicamente denominata *Green Deal* europeo proprio a significare la volontà di imprimere un nuovo corso nella definizione delle politiche dell'Unione europea in materia ambientale. Come noto, il *Green Deal* europeo sviluppa un piano d'azione volto a promuovere una molteplicità di obiettivi riconducibili alla lotta al cambiamento climatico e al degrado ambientale³.

L'estrema articolazione del piano d'azione varato dalla Commissione europea trova una sintesi in tre parole chiave che ne evidenziano la portata innovativa: neutralità climatica, che si sostanzia nell'obiettivo di annullare le immissioni nette di gas a effetto serra; sostenibilità, che si traduce in una crescita economica dissociata dal depauperamento delle risorse; inclusione di ogni persona fisica e giuridica in qualità di artefici e beneficiari di ogni azione intrapresa senza distinzioni geografiche⁴.

2016, p. 328 ss.; M. GERVASI, *Rilievi critici sull'accordo di Parigi: le sue potenzialità e il suo ruolo nell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, p. 21 ss.; F. FRANCONI, *Da Rio a Parigi: cosa resta della Dichiarazione del 1992 su ambiente e sviluppo*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 779 ss.

² In particolare vedi risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2019 sul cambiamento climatico: visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra in conformità dell'accordo di Parigi, 2019/2582 RSP; risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica ed ambientale, 2019/2930 (RSP).

³ Gli obiettivi indicati concernono in particolare l'uso efficiente delle risorse, il ripristino della biodiversità, la riduzione dell'inquinamento mediante investimenti in tecnologie rispettose dell'ambiente, il sostegno all'innovazione nell'industria, l'introduzione di forme eco-compatibili di trasporto pubblico e privato, la de-carbonizzazione, l'efficienza energetica degli edifici e non da ultimo la collaborazione con partner internazionali. Si veda, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019)640 final, dell'11 dicembre 2019.

⁴ Per un ampio commento sulla portata del *Green Deal* europeo si veda M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 379 ss. Sul tema in generale delle sfide poste dalla tutela ambientale e dal cambiamento climatico vedi anche: D. BENSON, A. JORDAN, *A Grand Bargain or an "Incomplete Contract"?* *European Union Environmental Policy After the Lisbon Treaty*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2008, p. 280 ss.; F. FRACCIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, in G. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 13 ss.; G. D'ANDREA, *La lotta ai cambiamenti climatici*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 227 ss.; A. GALLETI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2019, p. 114 ss.; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2019, II ed., p. 243 ss.; A. BUONFRATE, *I principi del nuovo sviluppo sostenibile. La complessità assiologica del sistema di tutela ambientale conformato agli obiettivi di agenda 2030 e del Green Deal europeo*, Milano, 2020, p. 41 ss.; V. RUBINO, *Sviluppo sostenibile e sostenibilità della governance multilivello*, in *Federalismi.it*, 2020, reperibile online; A. S. (Editorial Comment), *A Geopolitical Commission. An European Green Deal and Trade*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2020, p. 1 ss.

La comunicazione della Commissione sul *Green Deal* europeo rappresenta un impegno politico espresso a livello sovranazionale che deve trovare definizione giuridica in atti normativi adottati nell'alveo di ciascun settore d'intervento da esso delineato. Con particolare riferimento agli obiettivi relativi alla lotta al cambiamento climatico, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento, che è attualmente all'esame delle istituzioni legislative dell'Unione europea. La proposta in questione, che è stata definita "legge europea sul clima", stabilisce l'obiettivo della neutralità climatica (completo equilibrio tra emissioni e assorbimento di gas a effetto serra), affermando che la sua realizzazione sarà oggetto di misure adottate dalle istituzioni UE e dagli SM nell'ambito della *governance* europea sul clima e l'energia⁵.

Il regolamento sulla *governance* costituisce la chiave di volta della complessiva riforma del quadro normativo dell'Unione europea in materia di energia e ora diviene fulcro della legge europea sul clima che rientra tra gli obiettivi di tutela ambientale⁶. Non a caso, esso trova fondamento in una duplice base giuridica – segnatamente negli articoli 192 e 194 del TFUE – proprio a evidenziare la stretta interrelazione tra la politica ambientale ed energetica dell'Unione europea, che è riflessa nel rapporto circolare che lo stesso Trattato di Lisbona sembra tracciare tra queste due basi giuridiche, mediante rinvii volti a definire i rispettivi ambiti di applicazione nell'esercizio delle competenze normative. Il regolamento sulla *governance* sul clima e l'energia, dunque, può essere considerato un anello di congiunzione tra la politica ambientale e la politica energetica dell'Unione europea nella definizione di un approccio integrato per tematiche tra loro correlate⁷.

In tale prospettiva d'analisi, il regolamento sulla *governance* europea potrebbe essere interpretato come un elemento di sintesi tra le due basi giuridiche in questione, che consenta di sperimentare nuovi strumenti di articolazione dell'esercizio della competenza normativa sul tema, dal punto di vista della realizzazione di una solidarietà interstatale volta a perseguire gli obiettivi che accomunano la politica ambientale e la politica energetica dell'Unione europea.

2. Il Trattato di Lisbona ha introdotto per la prima volta una specifica base giuridica inerente all'adozione di atti normativi concernenti la definizione di una politica

⁵ Così proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 marzo 2020, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) n. 2018/1999 (Legge europea sul clima), COM(2020)80 final, in seguito modificata dalla proposta di regolamento, del 17 settembre 2020, COM(2020)563 final.

⁶ Vedi regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima. Sul tema vedi M. RINGEL, M. KNOTT, *The Governance of the European Energy Union: Efficiency, Effectiveness and Acceptance of the Winter Package 2016*, in *Energy Policy*, 2018, p. 209 ss.

⁷ Sul tema si rinvia a L. HANCHER, *Energy and Environment: Striking a Balance*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 475 ss.; A. LAYARD, *The European Energy Charter Treaty: Tipping the Balance between Energy and Environment*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 1995, p. 150 ss.; J. BIRGER SKJØRSETH, P.O. EIKELAND, L.H. GULBRANDSEN, T. JEVNAKER, *Linking EU Climate and Energy Policy Decision Making. Implementation and Reform*, Cheltenham, 2016, *passim*; C. DUPONT, *Climate Policy Integration into EU Energy Policy. Progress and Prospects*, London, 2016, *passim*; M.D. SÀNCHEZ GALERA, *The Integration of Energy and Environment Under the Paradigm of Sustainability Threatened by the Handlers of the Internal Energy Market*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2017, p. 13 ss.; F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020, *passim*.

energetica comune. Come noto, già in precedenza l'UE aveva adottato atti normativi che incidevano sull'affermazione di una politica energetica a livello sovranazionale; tuttavia, in mancanza di un'espressa attribuzione di competenze da parte del trattato, le istituzioni dell'UE avevano adottato questi atti normativi in conformità ad altre disposizioni del Trattato CE, che soltanto incidentalmente e indirettamente andavano a incidere sui sistemi energetici dei singoli Stati membri⁸.

L'introduzione dell'art. 194 TFUE ha risposto all'esigenza di superare la frammentazione dei precedenti interventi normativi UE e di realizzare un efficace coordinamento tra strumenti da adottare in funzione degli obiettivi specifici della politica energetica comune. Non a caso, la Corte di giustizia ne ha da subito valorizzato il ruolo di "base giuridica destinata ad applicarsi all'insieme degli atti adottati dall'Unione nel settore dell'energia che sono idonei a consentire la realizzazione di detti obiettivi"⁹.

Ciononostante, la sua applicazione quale base giuridica di ogni atto normativo che vada a incidere sulla definizione della politica energetica comune ha posto alcuni interrogativi sotto il profilo del rapporto con altre disposizioni del Trattato che pure, indirettamente, rilevano nel perseguimento degli obiettivi comuni in materia di energia¹⁰. Sul tema, la stessa Corte di giustizia ha rilevato come il ricorso all'art. 194 TFUE quale base giuridica "esclusiva" in materia energetica debba lasciare impregiudicata l'applicazione di altre disposizioni più specifiche, in ossequio a quanto stabilito dall'*incipit* del par. 2 dell'art. 194 TFUE, che prevede l'adozione di misure necessarie per conseguire gli obiettivi in esso stabiliti "fatte salve le altre disposizioni del trattato". A questo riguardo, l'organo giurisdizionale dell'Unione europea ha individuato quali basi giuridiche specifiche gli articoli 122 e 170 TFUE, riguardanti rispettivamente l'insorgenza di gravi difficoltà nell'approvvigionamento di prodotti energetici e le reti trans-europee¹¹.

Cionondimeno, la stessa Corte ha lasciato aperta la possibilità che si realizzino sovrapposizioni tra competenze normative dell'Unione, con l'adozione di misure

⁸ In particolare, l'integrazione dell'energia nella materia del mercato interno ha permesso il ricorso alle disposizioni del Trattato concernenti il ravvicinamento delle normative nazionali (articoli 114 e 115 TFUE). Ma sono, altresì, numerose le altre disposizioni del Trattato che hanno permesso l'adozione a livello sovranazionale di misure indirettamente incidenti sulle politiche energetiche degli Stati membri: in via del tutto non esaustiva si possono indicare l'art. 174 TFUE sulla politica di coesione economica, sociale e territoriale; gli articoli 179-181 TFUE sulla ricerca e sviluppo tecnologico; gli articoli 191-192 TFUE in materia di ambiente. Sull'evoluzione della competenza dell'Unione in materia di energia v. M. MARLETTA, *Energia, integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, *passim*; Id., Titolo XXI *Energia*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2014, Milano, p. 1650 ss.; T. M. MOSCHETTA, Titolo XXI *Energia Art. 194 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1116 ss.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, C-490/10, *Parlamento c. Consiglio*, punto 66.

¹⁰ Sul tema si rinvia a M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 392 ss.; A. JOHNSTON, E. VAN DER MAREL, *Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision and in Particular the Meaning of Article 194 (2) TFEU*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 181 ss.; K. HARALSDÓTTIR, *The Limits of EU Competence to Regulate Conditions for Exploitation of Energy Resources. Analysis of Article 194 (2) TFUE*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2014, p. 208 ss.; G. ROCHETTE, *Is the French Nuclear Strategy Lawful Under EU Law? Article 194 (2) TFUE and Its Limitations*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2020, p. 232 ss.

¹¹ Vedi sentenza *Parlamento c. Consiglio*, punto 67.

che perseguano obiettivi di politica energetica nell'ambito d'applicazione di disposizioni del Trattato che non concernono nello specifico il settore dell'energia. La sentenza in parola, dunque, non ha chiarito del tutto quale sia la portata dell'art. 194 TFUE e il suo rapporto con le altre disposizioni del Trattato che, direttamente o indirettamente, possono incidere sul perseguimento degli obiettivi di politica energetica a livello sovranazionale¹².

A questo riguardo, si è rilevato in dottrina come un possibile discrimine nell'individuazione dell'art. 194 TFUE quale base giuridica per l'adozione di misure in materia di energia possa essere il riferimento ivi previsto al mercato interno. In questa prospettiva, le misure in materia di energia che non siano finalizzate a garantire il corretto funzionamento del mercato interno sarebbero riconducibili ad altre basi giuridiche conformemente all'obiettivo perseguito in via preminente. Allo stesso modo, le misure che non siano specificamente rivolte al settore energetico, pur avendo un effetto su di esso, dovrebbero essere fondate sulla base giuridica del Trattato i cui obiettivi siano a esse strettamente correlati¹³.

La suddetta interpretazione dell'art. 194 TFUE quale base giuridica per l'adozione di atti normativi in materia di energia conferma le difficoltà insite nella definizione del rapporto tra basi giuridiche, soprattutto nei casi in cui non sia possibile rinvenire una chiara distinzione delle materie trattate per ambiti di competenze. A questo riguardo, occorre rilevare come la prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia abbia sovente superato tale *impasse* definitorio mediante una nozione ampia di mercato interno che ingloba in sé ulteriori obiettivi rispetto alla realizzazione delle libertà di circolazione, applicando una accezione "socialmente orientata" della nozione di mercato interno¹⁴.

Se quest'orientamento fosse confermato con riferimento al rapporto tra disposizioni del Trattato che incidono sul settore energetico, è evidente che l'art. 194 TFUE dovrebbe "prevalere" sulle altre basi giuridiche in ragione della portata trasversale che le questioni energetiche assumono in un'accezione lata di mercato interno. Una tale prospettiva d'analisi, tuttavia, risolverebbe solo una delle questioni che attengono all'applicazione dell'art. 194 TFUE come base giuridica generale in materia di energia, lasciando aperta la questione di individuare fino a che punto le misure dell'Unione possano incidere sulle prerogative statali in ambiti decisionali a essi attribuiti dal Trattato.

3. La questione concernente l'articolazione della competenza normativa tra livello sovranazionale e nazionale pone in particolare il problema di definire più nello specifico il rapporto tra politica energetica e politica ambientale dell'Unione europea e dunque tra gli articoli 194 e 192 TFUE. L'art. 194 TFUE, infatti, prevede

¹² In generale sul tema del rapporto tra basi giuridiche vedi A. PISAPIA, *La base giuridica per l'adozione degli atti dell'Unione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 659 ss.; A. ENGEL, *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union: Competence Overlaps, Institutional Preferences and Legal Basis Litigation*, Cham, 2018, *passim*.

¹³ K. HARALSDÓTTIR, *op. cit.*, p. 210 ss.

¹⁴ Sul tema sia consentito il riferimento a T.M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, Bari, 2018, p. 73 ss. Sui temi dell'integrazione di temi sociali nel mercato interno vedi P. DE PASQUALE, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.; E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 181 ss.

un rinvio esplicito all'art. 192 TFUE in materia di politica ambientale, che richiede una riflessione sulla definizione degli ambiti d'intervento tra livello "sovranazionale" e "nazionale" in materie che sono tra loro interrelate. A questo riguardo, occorre ricordare che tanto la politica ambientale quanto la politica energetica dell'Unione europea rientrano nelle competenze concorrenti, per le quali è necessario verificare quale sia il livello normativo più idoneo al raggiungimento degli obiettivi stabiliti nel Trattato, in ossequio ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Cionondimeno, entrambe le basi giuridiche in esame prevedono un fattore di complessità aggiuntivo nella definizione dell'esercizio della competenza normativa tra livello nazionale e livello sovranazionale¹⁵.

In materia di politica energetica, il par. 2 dell'art. 194 TFUE, dopo aver stabilito la competenza delle istituzioni dell'Unione europea ad adottare misure volte a realizzare gli obiettivi ivi stabiliti mediante la procedura legislativa ordinaria, precisa che tali misure non potranno incidere sul "diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico". In altri termini, l'art. 194 TFUE sembra preservare una sfera di intangibilità dell'azione degli Stati membri nel senso che, anche laddove le istituzioni dell'Unione decidano di esercitare la propria competenza normativa sulla base del principio di sussidiarietà, l'esercizio di detta competenza non potrebbe comunque interferire con alcuni diritti degli Stati membri inerenti a sfere di prerogative normative che risulterebbero pertanto "quasi" intangibili. A questo riguardo, tuttavia, l'art. 194 TFUE opera un rinvio all'art. 192 TFUE, affermando che tali limiti alla competenza normativa in materia di energia si applicano "fatto salvo" quanto stabilito riguardo alle competenze normative in materia ambientale¹⁶.

In materia di politica ambientale, il par. 2, lett. c), dell'art. 192 TFUE prevede deroghe all'adozione di misure mediante la procedura legislativa ordinaria, stabilendo il ricorso ad una procedura legislativa speciale – delibera del Consiglio all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico

¹⁵ In tema di articolazione delle competenze e principi di sussidiarietà e proporzionalità si rinvia a R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 517 ss.; O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, ivi, p. 631 ss.; P. DE PASQUALE, *L'esercizio delle competenze dell'Unione europea e il principio di sussidiarietà*, in T. VASSALLI DI DANHENHAUSEN (a cura di), *Atti del convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, p. 211 ss.; C. FAVILLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 2011, p. 257 ss.; G.L. TOSATO, *La delimitazione delle competenze dell'Unione europea tra istanze europee e nazionali*, in L.F. PACE (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, p. 67 ss.; U. VILLANI, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, IV, Roma, 2013, p. 605 ss.; P. FOIS, *Il principio di prossimità nel diritto dell'Unione europea e il suo controverso rapporto con quello di sussidiarietà*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 9 ss.; C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Federalismi.it.*, 2018, reperibile online, p. 2 ss.

¹⁶ In generale, sulla portata delle sfere di competenza concorrente riservate agli Stati membri si veda G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 295 ss.; A. ARENA, *"Le situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, *passim*; D. DIVERIO, *Situazioni puramente interne e principi generali dell'ordinamento dell'Unione*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 15 ss.

e sociale e del Comitato delle regioni – per “misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell’approvvigionamento energetico del medesimo”. Anche in questo caso, pertanto, il Trattato riconosce particolari prerogative agli Stati membri che consentono loro di far prevalere interessi specifici di politica ambientale, aventi un’incidenza nelle scelte di politica energetica, attraverso un procedimento decisionale di stampo intergovernativo. A questo riguardo, lo stesso par. 2, dell’art. 192 TFUE, precisa che sono sempre gli Stati membri (*alias* il Consiglio che delibera secondo la stessa procedura legislativa speciale) ad acconsentire che tali misure – soggette a deroga – siano ricondotte alla procedura legislativa ordinaria, meglio riflettendo la natura sovranazionale degli obiettivi perseguiti¹⁷.

Le disposizioni del Trattato in esame riconoscono quale limite all’esercizio della competenza normativa dell’Unione europea in materia energetica e ambientale il rispetto di talune scelte operate dagli Stati membri, pur individuando una diversa graduazione per detti limiti. L’art. 194 TFUE sembra escludere che le misure dell’Unione possano incidere su diritti degli Stati considerati intangibili, mentre l’art. 192 TFUE prevede che l’impatto di dette misure sugli stessi diritti possa essere stabilito a livello sovranazionale soltanto mediante la volontà unanime degli Stati membri. In tale prospettiva, il rinvio operato dal par. 2 dell’art. 194 TFUE al par. 2 dell’art. 192 TFUE sembrerebbe voler “alleggerire” la portata del *caveat* da esso enunciato con riferimento a misure energetiche adottate a livello sovranazionale che perseguano obiettivi di politica ambientale.

D’altro canto, occorre ricordare come entrambe le disposizioni del Trattato in esame individuano obiettivi *lato sensu* “ambientali”, l’una in termini più generali con riferimento alla “salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente”, nonché alla “promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell’ambiente (...) in particolare, a combattere i cambiamenti climatici”, l’altra in termini più strumentali con riferimento all’obiettivo di “promuovere il risparmio energetico, l’efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili” nell’ambito più circoscritto dell’instaurazione e funzionamento del mercato interno. Il perseguimento di tali obiettivi in una prospettiva realmente sovranazionale, pertanto, richiede una definizione della portata dei limiti applicabili all’esercizio delle competenze normative da parte dell’Unione europea.

4. Il perseguimento di obiettivi ambientali attraverso gli strumenti della politica energetica comune incontra il limite di garantire le prerogative sovrane degli Stati membri con riferimento alle questioni concernenti l’approvvigionamento energetico e la determinazione del proprio paniere energetico. A questo riguardo, appare fondamentale riflettere sul grado d’intangibilità di tali diritti, determinando se essi abbiano una portata assoluta o relativa. In via generale, infatti, se si riconoscesse che le misure adottate dall’Unione in materia di energia non possano in alcun modo interferire con determinate scelte statali, si finirebbe con l’esautorare l’art. 194

¹⁷ In generale, sul processo decisionale dell’Unione europea vedi G. CAGGIANO, *Il processo decisionale dell’Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la “questione europea dell’immigrazione”?*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 553 ss.; U. VILLANI, *Metodo comunitario e metodo intergovernativo*, *ivi*, 2019, p. 259 ss.

TFUE, che, invece, è stato introdotto con l'obiettivo di superare la frammentazione normativa e la parcellizzazione degli interessi nel settore energetico¹⁸.

Invero, una lettura sistematica del Trattato non sembra riconoscere un carattere assoluto a tali diritti. Nel senso che se è vero che ciascuno Stato membro continua ad assumere le scelte fondamentali in materia di approvvigionamento e condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, è anche vero che ai sensi del Trattato ciascuno Stato membro ha riconosciuto la competenza normativa a livello sovranazionale, acconsentendo dunque a limitare ogni azione che possa interferire con gli obiettivi del Trattato alla luce del principio di leale cooperazione¹⁹.

In tale prospettiva, il *caveat* di cui al par. 2 dell'art. 194 TFUE più che legittimare la prevalenza di diritti assoluti degli Stati sulla formulazione di una politica comune a livello sovranazionale, sembra richiedere un "necessario bilanciamento" tra la competenza normativa nazionale e la competenza normativa sovranazionale²⁰. D'altro canto, questo bilanciamento sembra poter trovare fondamento giuridico nell'*incipit* dell'art. 194 TFUE secondo cui gli obiettivi in esso stabiliti debbano essere realizzati in uno spirito di solidarietà tra Stati membri²¹.

Come noto, il concetto di solidarietà interstatale sfugge ad una definizione codificata ed univoca. Diverse, infatti, sono le interpretazioni di questo principio dal punto di vista politico, costituzionale, funzionale che spesso riconducono la nozione in parola a un'ottica emergenziale di risposta a situazioni di crisi. D'altro canto, attraverso l'analisi delle disposizioni del Trattato sembra possibile rilevare come il riferimento alla nozione in parola costituisca una costante di quelle materie in cui appare più complessa la definizione della linea di demarcazione tra le competenze esercitate a livello sovranazionale e quelle esercitate a livello nazionale²².

¹⁸ In generale, sulla trasformazione della politica energetica dell'Unione europea si rimanda a S. QUADRI, *Alcune riflessioni sul rapporto tra diritto interno e ordinamento dell'Unione europea in materia di energia*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, cit., p. 235; S. GALERA RODRIGO, *Changing the Energy Model. Step Back on the Europe 2050 Strategy?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2016, p. 65 ss.; M.M. SOKOŁOWSKI, *European Law on the Energy Communities: A Long Way to a Direct Legal Framework*, *ivi*, 2018, p. 60 ss.

¹⁹ Sul tema v. F. CARUSO, *Il principio di leale cooperazione: cardine del processo d'integrazione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2013, p. 18 ss.; P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale cooperazione*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 5 ss.; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020, *passim*.

²⁰ Sul tema si rinvia a K. HARALSDÖTTIR, *op. cit.*, p. 212 ss.; K. TALUS, P. AALTO, *Competences in EU Energy Policy*, in *Research Handbook on EU Energy Law and Policy*, 2020, p. 15 ss., reperibile online.

²¹ Sul tema si rinvia a Y. PETIT, *La solidarité énergétique entre les États membres de l'Union européenne: une chimère?*, in *RAE-LEA*, 2009-2010, p. 771; R. FLEMING, *A Legal Perspective on Gas Solidarity*, in *Energy Policy*, 2019, p. 102 ss.

²² Sul tema vedi P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea: un panorama "costituzionale"*, in L. MANDERIEUX, M. VELLANO (dirs.), *Étique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, 2017, p. 137 ss.; T. RUSSO, *La solidarietà come valore fondante dell'Unione europea: prospettive e problematiche*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *op. cit.*, p. 667 ss.; G. ASARO, *Prime considerazioni sulla natura dell'obbligo di solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Fogli di lavoro per il diritto internazionale*, 2018, reperibile online, p. 5 ss.; G. BUTLER, *Solidarity and Its Limits For Economic Integration in the European Union's Internal Market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 310 ss.; E. KÜÇÜK, *Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance*, in A. BIONDI, E. DAGILYÉ, E. KÜÇÜK (eds.), *Solidarity in EU Law: Legal Principle in the Making*, Cheltenham, 2018, p. 38 ss.; E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 196 ss.; F. CROCI, *Solidarietà tra*

In altre parole, il riferimento allo spirito di solidarietà nei Trattati sembra essere inserito proprio in quelle materie in cui più forti sono le tendenze centrifughe da parte degli Stati membri, ossia in quelle materie in cui si realizza l'attribuzione di una competenza normativa a livello sovranazionale, ma gli Stati membri continuano a mantenere un approccio particolaristico nel processo decisionale. Seguendo tale suggestione, si potrebbe pensare allo "spirito di solidarietà interstatale" quale valvola di composizione tra interessi contrapposti che è inserita nel Trattato al fine di collocare in una dimensione sovranazionale questioni che appaiono ancora rientrare tra le prerogative statali²³.

Una tale interpretazione trova un fondamento giurisprudenziale in una recente pronuncia del Tribunale, che è al momento oggetto di riesame da parte della Corte di giustizia, concernente la materia energetica. Nella sentenza *Polonia c. Commissione*, infatti, l'organo giurisdizionale di prima istanza ha prospettato la possibilità di individuare nel principio di solidarietà quel potenziale bilanciamento tra dimensione nazionale e dimensione sovranazionale della politica energetica. Andando oltre un'impostazione che riconduce il ricorso alla solidarietà interstatale a situazioni di emergenza, il Tribunale ricorda come dalla nozione in parola discendano specifici diritti e obblighi per l'Unione e gli Stati membri nella prospettiva non soltanto di assicurare "reciproca assistenza" in caso di catastrofi naturali, ma anche di "assumersi la loro interdipendenza e solidarietà di fatto"²⁴.

Conseguentemente, il Tribunale ritiene che ciascuno Stato membro e le istituzioni dell'Unione, nell'esercizio delle loro competenze, debbano evitare di adottare misure atte a incidere sugli interessi di un altro Stato membro o dell'intera Unione "per quanto riguarda la sicurezza dell'approvvigionamento, della sua sostenibilità economica e politica, della diversificazione delle fonti di approvvigionamento o dell'approvvigionamento". In caso contrario, le misure in questione sarebbero viziate per violazione di disposizioni del Trattato che si riferiscono alla solidarietà interstatale. Probabilmente non è casuale che il Tribunale abbia fatto riferimento specificamente a quegli aspetti della politica energetica che rientrano tra i "diritti" degli Stati membri su cui le misure dell'Unione europea non possono incidere ai sensi del *caveat* di cui all'art. 194, par. 2, TFUE²⁵.

In altri termini, tale accezione della solidarietà interstatale sembra sostenere la portata "relativa" dei diritti di scelta riconosciuti agli Stati membri, il cui esercizio non può prescindere da considerazioni generali riguardanti la dimensione delle questioni che attengono alla definizione di politiche energetiche nazionali volte a realizzare obiettivi sovranazionali. A questo riguardo, il Tribunale chiarisce che la definizione di una politica energetica comune basata su uno spirito di solidarietà

Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea, Torino, 2020, *passim*; P. MENGOZZI, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, p. 99 ss.

²³ Sul punto sia consentito il riferimento a T.M. MOSCHETTA, *La solidarietà interstatale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia c. Commissione*, in *Annali Aisdue*, Bari, 2020, p. 425 ss.

²⁴ Vedi sentenza del Tribunale del 10 settembre 2019, T-883/16, *Repubblica di Polonia c. Commissione*, punti 70-71, attualmente oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia con ricorso del 20 novembre 2019, causa C-848/19 P, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia e Commissione*.

²⁵ *Ivi*, punti 72-73.

interstatale non implica che gli interessi particolari di uno Stato membro debbano comunque prevalere. Al contrario, esso rileva come la definizione di misure che riflettano la duplice dimensione sovranazionale e nazionale delle questioni affrontate richieda una ponderazione costante tra interessi in conflitto²⁶.

Come rilevato in dottrina, la sentenza del Tribunale – qualora fosse confermata dalla Corte di giustizia – andrebbe a determinare un obbligo per l’Unione europea e gli Stati membri di operare un bilanciamento continuo tra interessi contrastanti nel processo decisionale inerente alla materia energetica, in virtù della portata giuridica vincolante del principio della solidarietà interstatale²⁷. A questo riguardo, appare importante sottolineare come l’orientamento espresso dal Tribunale abbia trovato sostegno nelle conclusioni dell’avvocato generale nell’ambito del ricorso presentato dalla Germania avverso la sentenza in esame²⁸. In tale prospettiva, pertanto, diviene cruciale individuare strumenti normativi che consentano di combinare l’articolazione dell’esercizio delle competenze normative tra livello nazionale e sovranazionale con la necessaria ponderazione tra gli interessi in gioco.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono appare interessante, a mio avviso, interpretare la recente riforma del settore energetico operata dal “quarto pacchetto normativo” in materia di energia, alla luce del principio della solidarietà interstatale inteso quale strumento di bilanciamento tra interessi, nella ricerca di un equilibrio tra la difesa della dimensione nazionale di talune scelte di politica energetica e la realizzazione di obiettivi comuni a livello sovranazionale. In particolare, quest’accezione del concetto di solidarietà interstatale sembra trovare una peculiare declinazione nel regolamento sulla *governance* europea sul clima e l’energia che costituisce il “frontone” degli interventi normativi volti a realizzare gli obiettivi della politica energetica e ambientale dell’Unione europea da esso stesso enunciate²⁹.

Il regolamento in questione può essere considerato uno strumento inedito di articolazione dei livelli normativi volto a realizzare quel necessario bilanciamento tra dimensione nazionale e sovranazionale che è richiesto dagli articoli 192 e 194 TFUE quali basi giuridiche della competenza dell’Unione in materia ambientale ed energetica. Il regolamento sulla *governance*, infatti, va ad articolare le diverse azioni che l’UE e gli Stati membri dovranno intraprendere per raggiungere gli

²⁶ *Ivi*, punti 77.

²⁷ Sul punto vedi A. BOUTE, *The Principle of Solidarity and the Geopolitics of Energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 885 ss.

²⁸ Vedi conclusioni dell’avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona del 18 marzo 2021, C-848/19 P, *Repubblica federale di Germania c. Repubblica di Polonia e Commissione*.

²⁹ Il quarto pacchetto normativo che riforma il settore energetico dell’Unione europea si compone dei seguenti atti: regolamento (UE) 2018/1999, dell’11 dicembre 2018, sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima; direttiva 2018/2001/UE, dell’11 dicembre 2018, sulla promozione dell’uso delle energie rinnovabili; direttiva 2018/2002/UE, del 22 dicembre 2018, sull’efficienza energetica; direttiva 2019/692/UE, del 17 aprile 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale (che modifica la precedente); direttiva 2019/944/UE, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica (che modifica la precedente); regolamento (UE) 2019/943, del 5 giugno 2019, sul mercato interno dell’energia elettrica; regolamento (UE) 2019/941, del 5 giugno 2019, sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia elettrica (che modifica la precedente); regolamento (UE) 2019/942, del 5 giugno 2019, che istituisce un’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’Energia.

obiettivi stabiliti dall'Accordo di Parigi. Per ciascuna dimensione, il regolamento sulla *governance* individua strumenti normativi volti a definire un'articolazione di competenze tra livello nazionale e livello sovranazionale, al fine di contenere le "spinte" particolaristiche degli Stati membri nel rispetto delle loro scelte relative all'approvvigionamento energetico e alla composizione del paniere energetico³⁰.

Gli Stati membri sono chiamati a predisporre nei rispettivi piani nazionali integrati tutti gli strumenti che sul piano interno contribuiranno al raggiungimento degli obiettivi comuni stabiliti a livello sovranazionale. Ciascuno Stato membro, pertanto, deve valutare lo stato dell'arte del quadro giuridico nazionale, delle proprie condizioni di mercato, dello sfruttamento delle risorse energetiche e indicare quali sono gli strumenti attraverso i quali andrà a contribuire alla realizzazione di obiettivi comuni stabiliti nel Trattato e definiti dagli atti di diritto derivato dell'Unione europea³¹.

La *governance* europea per il clima e l'energia ha trovato una prima declinazione nel pacchetto normativo "energia pulita" volto a promuovere l'uso delle energie rinnovabili e l'efficienza energetica. In particolare, la direttiva sulla promozione delle energie rinnovabili pone in capo agli Stati membri l'obbligo di contribuire, mediante i rispettivi piani di azione integrati, al raggiungimento degli obiettivi generali vincolanti stabiliti a livello sovranazionale. Sebbene l'adozione di detti piani rientri nella competenza degli Stati membri, occorre rilevare come la loro definizione si realizzi in un costante dialogo con l'Unione europea, in particolare con la Commissione europea. Si tratta, infatti, di una struttura di *governance* che tenta di dare una risposta alla complessità delle questioni che attengono al settore energetico e alla difficoltà di trovare un effettivo bilanciamento tra la dimensione nazionale e sovranazionale della competenza normativa, entrambe valorizzate dall'art. 194 TFUE³².

Il regolamento sulla *governance* descrive in maniera piuttosto specifica i contenuti che i piani nazionali integrati per il clima e l'energia devono prevedere e prescrive una scansione temporale degli adempimenti³³. La pianificazione degli strumenti attraverso cui gli Stati membri contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi stabiliti a livello sovranazionale, infatti, si delinea in una duplice dimensione temporale. Unitamente ai piani integrati per il clima e l'energia di durata decennale, gli Stati membri devono anche sviluppare piani trentennali³⁴. Nella fase di predisposizione di tali piani gli Stati membri aprono un dialogo (una sorta di negoziato) con la Commissione europea che è l'istituzione che si pone al centro di tale meccanismo di *governance*. Essa, infatti, può formulare raccomandazioni che gli Stati membri dovranno considerare in uno spirito di solidarietà. La Commissione,

³⁰ L'art. 1, par. 2, del regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* europea per il clima e l'energia individua cinque dimensioni entro cui dovranno collocarsi le azioni da intraprendere che sono tutte volte all'obiettivo ultimo di ridurre i gas a effetto serra: a) sicurezza energetica; b) mercato interno; c) efficienza energetica; d) de-carbonizzazione; e) ricerca; f) innovazione; g) competitività.

³¹ Vedi art. 3, par. 2, e articoli 4, 7 e 8 del regolamento sulla *governance* europea per il clima e l'energia.

³² Sul tema vedi K. VEUM, D. BAUKNECHT, *How to Reach the EU Renewables Target by 2030? An Analysis of the Governance Framework*, in *Energy Policy*, 2019, p. 299 ss.

³³ Vedi allegato I e art. 3, par. 1, del regolamento sulla *governance* europea per il clima e l'energia. In particolare, ciascuno Stato membro – entro il 31 dicembre 2019, quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni dieci anni – notifica alla Commissione un piano nazionale integrato per il clima e l'energia.

³⁴ Vedi art. 15 del regolamento sulla *governance* europea per il clima e l'energia.

inoltre, può esprimere raccomandazioni anche nelle successive fasi dell'aggiornamento dei piani nazionali integrati e della loro valutazione attuativa³⁵.

Si potrebbe obiettare che lo strumento giuridico della raccomandazione non sia idoneo a determinare effettivi obblighi giuridici per gli Stati. Ciononostante, l'approccio interpretativo offerto dal richiamo allo spirito di solidarietà consente in un certo senso di valorizzare la portata inedita della *governance* europea, come base legislativa per la definizione di misure che, pur rimanendo nell'alveo delle scelte degli Stati membri, sono sviluppate in un'ottica di dialogo con la Commissione europea, che tenga conto degli interessi degli altri Stati membri e dell'intera Unione. A questo riguardo, occorre anche rilevare come la Commissione, qualora ritenga che i piani nazionali integrati non siano sufficienti a conseguire collettivamente gli obiettivi dell'Unione, possa adottare misure esercitando i suoi poteri a livello sovranazionale³⁶.

Il regolamento non specifica la portata di tali poteri ma è evidente che essi potrebbero essere ricondotti a un'interpretazione estensiva delle competenze esecutive della Commissione, attraverso cui essa possa avocare a livello sovranazionale l'adozione delle misure attuative della *governance* europea per il clima e l'energia. Come noto, l'art. 291, par. 2, TFUE, prevede che la competenza per dare esecuzione ad atti legislativi dell'Unione possa essere conferita alla Commissione qualora siano necessarie condizioni uniformi di esecuzione. In tale caso, l'atto legislativo da attuare diviene la base giuridica per l'esercizio delle competenze normative della Commissione a carattere esecutivo in relazione a quello specifico atto. Seguendo la medesima *ratio*, il regolamento sulla *governance* potrebbe essere visto come fondamento normativo per riconoscere alla Commissione poteri d'intervento volti a "sostituire" o "integrare" i piani nazionali integrati, nei casi in cui non sarebbe altrimenti possibile raggiungere collettivamente gli obiettivi stabiliti a livello sovranazionale³⁷.

In entrambi i casi, l'intervento normativo della Commissione sarebbe volto a creare condizioni di applicazione uniformi (o quantomeno armonizzate) per il raggiungimento di obiettivi posti a livello sovranazionale. A questo riguardo, tuttavia,

³⁵ Vedi articoli 9, par. 1, e art. 30, par. 1, del regolamento sulla *governance* europea per il clima e l'energia. L'art. 34, par. 2, stabilisce che per le raccomandazioni adottate dalla Commissione si applicano i seguenti principi: lo Stato membro interessato tiene in debita considerazione la raccomandazione in uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra gli Stati membri; nella relazione intermedia nazionale integrata per l'energia e il clima, elaborata nell'anno successivo a quello in cui è stata formulata la raccomandazione, lo Stato membro precisa in che modo ha tenuto in debita considerazione la raccomandazione. Se lo Stato membro interessato decide di non dare seguito a una raccomandazione o a una parte considerevole della stessa, tale Stato membro motiva la propria decisione; le raccomandazioni dovrebbero essere complementari alle ultime raccomandazioni specifiche per paese formulate nel contesto del semestre europeo.

³⁶ Vedi art. 30 del regolamento sulla *governance* europea per il clima e l'energia.

³⁷ Si rinvia a G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008; U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 677 ss.; J. TRODAL, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, 2010, *passim*; R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 293 ss.; Z. XHAFERRI, *Delegated Acts, Implementing Acts and Institutional Balance Implications Post-Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 557 ss.; R. ROSSOLINI, *Contributo allo studio degli atti delegati ed esecutivi dopo Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, p. 517 ss.

occorre rilevare un importante distinguo: l'adozione di atti esecutivi richiede che siano le istituzioni legislative a determinare l'esigenza di condizioni uniformi di esecuzione mentre nel sistema della *governance* europea per il clima e l'energia è la Commissione che si fa arbitro per conciliare i diritti riservati agli Stati membri con gli obiettivi di politica energetica comune, in ossequio allo spirito di solidarietà interstatale enunciato nel Trattato.

6. La *governance* europea per il clima e l'energia, così come tracciata dal pacchetto energia pulita dell'Unione europea, dovrebbe ora dare fondamento anche alle misure volte a combattere il cambiamento climatico. La proposta di regolamento per l'adozione di una legge europea sul clima, infatti, subordina la realizzazione dell'obiettivo della neutralità climatica all'adozione di misure che dovranno prendere forma attraverso questo "dialogo" strutturato tra dimensione sovranazionale e nazionale della competenza normativa in materia ambientale. In questa prospettiva, la proposta in questione modifica il regolamento sulla *governance* europea, integrando la neutralità climatica tra gli obiettivi da essa perseguiti e introducendo un nuovo e più ambizioso obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra³⁸.

Nella prospettiva d'analisi sin qui accolta, la proposta di legge europea sul clima prescrive che le misure necessarie al conseguimento collettivo dell'obiettivo della neutralità climatica siano adottate, rispettivamente a livello sovranazionale e nazionale, tenendo conto dell'importanza di promuovere l'equità e la solidarietà tra gli Stati membri³⁹. In tale senso, la proposta in esame prevede l'inserimento nel regolamento sulla *governance* di una specifica disposizione che attiene all'instaurazione di un dialogo multilivello in cui possano essere discussi, *inter alia*, i piani nazionali integrati per il clima e l'energia⁴⁰.

In via generale, la proposta per la legge europea sul clima rafforza la posizione della Commissione nell'ambito della *governance*, prevedendo specifiche competenze normative e di controllo.

Sotto il primo profilo, è riconosciuto il potere dell'organo esecutivo dell'Unione per l'adozione di atti delegati al fine di definire una traiettoria a livello sovranazio-

³⁸ In particolare, l'art. 2 *bis* della proposta per la legge europea sul clima stabilisce un obiettivo vincolante per l'Unione in materia di clima, che consiste in una riduzione delle emissioni nette di gas ad effetto serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. A tal fine, lo stesso articolo fa carico alla Commissione di procedere a un riesame della pertinente legislazione in vigore, entro il 30 giugno 2021. A questo riguardo, si ricorda come il quadro normativo dell'Unione europea volto a ridurre le immissioni di gas ad effetto serra si compone dei seguenti atti: direttiva 2003/87/CE, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas ad effetto serra nell'UE; regolamento (UE) 2018/842, che introduce traguardi nazionali di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra entro il 2030; regolamento (UE) 2018/841, che impone agli Stati membri di bilanciare le emissioni e gli assorbimenti di gas ad effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento climatico di uso del suolo e dalla silvicoltura oltre al già citato "pacchetto energia pulita" con le direttive sulla promozione delle energie rinnovabili e l'efficienza energetica.

³⁹ Vedi art. 2 della proposta per la legge europea sul clima.

⁴⁰ Vedi art. 10 della proposta di regolamento per la legge europea sul clima che sostituisce il testo dell'art. 11 del regolamento sulla *governance* europea per il clima e l'energia con una nuova disposizione che prevede l'istituzione in ogni Stato membro di strutture in cui le autorità locali, le organizzazioni della società civile, la comunità imprenditoriale, gli investitori e altri portatori di interesse pertinenti nonché il pubblico siano in grado di partecipare per discutere attivamente il conseguimento della neutralità climatica dell'Unione e i vari scenari previsti.

nale per conseguire l'obiettivo ivi stabilito della neutralità climatica⁴¹. Tale traiettoria sarà oggetto di riesame periodico da parte della stessa Commissione che adotterà le misure necessarie conformemente ai Trattati laddove ritenga che le misure intraprese non siano sufficienti a realizzare gli obiettivi della neutralità climatica e dell'adattamento ai cambiamenti climatici⁴².

Sotto il secondo profilo, la procedura già prevista dall'art. 29 del regolamento sulla *governance* europea è arricchita da una nuova valutazione sui progressi collettivi compiuti da tutti gli Stati membri e sulla coerenza delle azioni intraprese a livello sovranazionale. Anche la coerenza dei piani nazionali saranno oggetto di una specifica valutazione con cadenza quinquennale, che dovrà verificare anche l'adeguatezza dei progressi compiuti nell'adattamento ai cambiamenti climatici stabilito dall'art. 4 della proposta di legge europea sul clima⁴³. La stessa proposta di regolamento stabilisce, inoltre, gli elementi su cui basare le valutazioni sulle misure intraprese dall'Unione e dai suoi Stati membri⁴⁴.

Il ruolo centrale della Commissione di garante della coerenza delle misure intraprese a livello nazionale e sovranazionale trova conferma nel potere di adottare raccomandazioni che gli Stati membri devono tenere in considerazione in “uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra Stati membri”. A questo riguardo, occorre sottolineare come la portata non vincolante delle raccomandazioni è “attenuata” dallo specifico obbligo posto in capo agli Stati membri di precisare in che modo abbiano tenuto in “debita considerazione” le raccomandazioni loro rivolte, fornendo adeguate motivazioni laddove decidano di discostarsene⁴⁵.

Le osservazioni che precedono inducono a rilevare come la proposta di legge europea sul clima sembri prospettare un consolidamento dell'impianto decisionale

⁴¹ Vedi art. 3 della proposta di legge europea sul clima. In particolare, il par. 3 della disposizione in esame specifica che la Commissione europea dovrà tenere conto dei seguenti elementi per definire la traiettoria in questione: a) l'efficacia dei costi e l'efficienza economica; b) la competitività dell'economia dell'Unione; c) le migliori tecniche disponibili; d) l'efficienza energetica, l'accessibilità economica dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico; e) l'equità e la solidarietà tra Stati membri e al loro interno; f) la necessità di assicurare l'efficacia ambientale e la progressione nel tempo; g) il fabbisogno e le opportunità di investimento; h) la necessità di assicurare una transizione giusta ed equa sul piano sociale; i) gli sviluppi internazionali e gli sforzi intrapresi per conseguire gli obiettivi a lungo termine dell'accordo di Parigi e l'obiettivo ultimo della Convenzione quadro ONU sui cambiamenti climatici; j) le evidenze scientifiche disponibili migliori e più recenti.

⁴² Vedi art. 5, par. 3, della proposta per la legge europea sul clima.

⁴³ Vedi articoli 5, paragrafi 1-2, e 6, par. 1, della proposta per la legge europea sul clima.

⁴⁴ Vedi art. 7 della proposta per la legge europea sul clima che indica i seguenti elementi che la Commissione dovrà valutare in collaborazione con l'Agenzia europea dell'ambiente (AEA): a) le informazioni trasmesse e comunicate in conformità al regolamento (UE) 2018/1999; b) le relazioni dell'Agenzia europea dell'AEA; c) le statistiche e i dati europei, compresi i dati sulle perdite derivanti dagli effetti negativi del clima; d) le migliori evidenze scientifiche disponibili, comprese le ultime relazioni dell'IPCC; e) eventuali informazioni supplementari sugli investimenti ecosostenibili effettuati dall'Unione e dagli Stati membri.

⁴⁵ Vedi art. 6, par. 3, lettere a) e b). In generale sulla “dicotomia” tra “vincolatività” e “giuridicità” degli atti dell'Unione europea vedi O. STEFAN, *European Union Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects*, in *Modern Law Review*, 2012, p. 887 ss.; P.L. LĂCOS, *A Hard Core Under the Soft Shell: How Binding Is Union Soft Law for Member States?*, in *European Public Law*, 2018, p. 755 ss.; L.F. PACE, *I giochi d'azzardo online, le raccomandazioni e il principio “Soft law is no law”*, in *European Papers, Insight*, 2018, p. 973 ss.; T.M. MOSCHETTA, *L'armonizzazione normativa mediante gli atti di soft law della Commissione europea: uno sviluppo ipotizzabile?*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 297 ss.

posto in essere dalla *governance* europea per il clima e l'energia, confermando quel dialogo tra la dimensione "sovranzionale" e "nazionale" nel perseguimento di obiettivi condivisi. In tale modo, essa sembra sostanziare proprio l'interpretazione della solidarietà interstatale prospettata dal Tribunale, considerandola un parametro per procedere al bilanciamento costante tra interessi in conflitto.

7. L'analisi delle basi giuridiche del Trattato in materia di politica energetica ed ambientale pone in rilievo la ricerca di un "necessario bilanciamento" tra interessi nazionali e sovranazionali nel perseguimento di obiettivi condivisi. Come evidenziato, le modifiche alla *governance* europea per il clima e l'energia, che sono in via di definizione nella proposta di regolamento per una legge europea sul clima, estendono l'impianto decisionale applicato a talune competenze normative in materia di energia anche alle politiche ambientali, in ragione della stretta interrelazione tra gli obiettivi perseguiti soprattutto con riferimento alla lotta al cambiamento climatico.

Il riferimento alla solidarietà interstatale come parametro per un procedimento decisionale che mira a comporre gli interessi contrastanti mediante un dialogo strutturato tra livelli normativi, a mio avviso, consente di valorizzare la portata innovativa del Trattato di Lisbona, che "tra le righe" delle sue disposizioni offre probabilmente inedite possibilità di sviluppo per il processo d'integrazione europea.

Al momento appare prematuro giungere a considerazioni conclusive sull'efficacia di tali procedimenti decisionali, ma la prospettiva della realizzazione di un'effettiva solidarietà interstatale probabilmente consente di analizzare la *governance* europea per il clima e l'energia come un laboratorio sperimentale nella definizione di modelli decisionali solidali in materie che presentano particolari criticità sotto il profilo del bilanciamento d'interessi.

Abstract

The European Governance for Climate and Energy: A 'Solidarity' Approach in the EU Decision-Making Process

The analysis of the legal basis that the Lisbon Treaty provides for the energy and environmental policies highlights the search for a 'necessary balance' between national and supranational interests in the pursuit of shared objectives. The changes to the European governance for climate and energy, which are being defined in the proposed Regulation for a European law on climate, extend the decision-making framework applied to certain regulatory competences in the field of energy to the environmental policy as well, in light of the close interrelation between the objectives pursued particularly in the fight against climate change. By adopting 'interstate solidarity' as a parameter for a decision-making process based on a structured dialogue between regulatory levels, we can observe the innovative scope of the Lisbon Treaty, which – 'between the lines' of its provisions – offers unprecedented opportunities for developing the European Union integration also in those fields that need a balance of interests among Member States.

Alfredo Rizzo*

La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina “EU4Health”

SOMMARIO: 1. Le competenze dell'Unione in campo sanitario. – 2. Diritto alla salute e regole del mercato interno. – 3. Il diritto alla salute alla luce della Carta dei diritti dell'Unione. – 4. La crisi pandemica e il commercio internazionale. L'accesso a farmaci essenziali nell'OMC e nell'Unione. – 5. Politica commerciale comune e prodotti in campo sanitario. – 6. L'attualità delle politiche sanitarie e vaccinali nell'Unione. Questioni di competenza giurisdizionale. – 7. Le competenze dell'Unione alla luce dell'*Emergency Support Instrument*. – 8. Il nuovo regolamento “EU4Health”.

1. La crisi pandemica attuale sta portando le questioni di politica sanitaria al centro del dibattito pubblico di dimensione nazionale e internazionale. Il presente lavoro intende offrire una breve illustrazione del percorso attraverso il quale l'Unione europea sta progressivamente assumendo un ruolo sempre più significativo nella gestione di tale politica, giungendo infine alla sfida pressante imposta dal diffondersi del virus COVID-19 con un nuovo strumento legislativo che sembra aprire nuovi significativi scenari in tale ambito tematico.

Di questioni di politica sanitaria l'Unione si è occupata ben prima della formulazione dell'attuale art. 168 TFUE (già art. 129 Trattato istitutivo della Comunità europea poi rinumerato e riformulato come art. 152 dello stesso TCE a seguito delle riforme del Trattato di Amsterdam)¹. La pervasività delle finalità generali sottese

* Ricercatore confermato presso l'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche.

¹ Per una panoramica, v. *ex multis*, G. FARES, M. CAMPAGNA, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 325 ss.; C. CATTABRIGA, *Commento all'art. 168 TFUE. Sanità pubblica*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1374 ss.; A. ALEMANNI, A. GARDE, *The Emergence of an EU Lifestyle Policy: The Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1745 ss.; M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE. Sanità pubblica*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1517 ss.; T. HARVEY, C.A. YOUNG, L. BISHOP (eds.), *Research Handbook on EU Health Law and Policy*, Cheltenham, 2017; A. ALEMANNI, *Towards a European Health Union: Time to Level Up*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 721 ss.; G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione in-*

a una politica sanitaria ascrivibile all'Unione è peraltro ricavabile dal fatto che tali finalità sono reperibili con diverse formulazioni e con diversa intensità precettiva in diverse disposizioni dei trattati. Si va, quindi, dalle finalità di politica sociale e del lavoro, con particolare riguardo alla salute nei luoghi di lavoro², alle questioni ambientali³ nonché dalla tutela dei consumatori⁴ alle politiche agricole⁵.

Non può apparire casuale, in questo contesto, che il principio di precauzione⁶ sia stato enucleato proprio ed anche in occasione di un esame di legittimità di fonti

ternazionale, in *I Post di AISDUE*, 30 aprile 2020. Su alcuni tra gli aspetti giuridico-istituzionali posti dal diffondersi della pandemia di COVID-19, cfr. di recente P. MORI, *COVID-19, Misure emergenziali e Stato di diritto*, in *I Post di AISDUE*, 6 aprile 2020; E. NALIN, *COVID-19 e deroghe e restrizioni alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 629 ss.; U. VILLANI, *Le misure italiane di contrasto al COVID-19 e il rispetto dei diritti umani*, in *La Comunità Internazionale*, 2020, p. 165 ss.

² Cfr. articoli 153 e 156 TFUE e direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, c.d. "madre" concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, e l'altrettanto "storica" interpretazione offertane dalla Corte di giustizia, e in particolare dall'Avvocato generale Tizzano, nella sentenza del 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theater Union (BECTU)*, sul diritto, sancito all'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, a condizioni di lavoro giuste ed eque. Si v. M. NOVELLA, M. FERRANTE, *Commento all'art. 31*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 606 ss. Cfr. anche direttiva 2013/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sulle disposizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (campi elettromagnetici) (ventesima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE).

³ La tutela della salute umana rientra *expressis verbis* tra le finalità perseguite dall'Unione in campo ambientale, come conferma l'art. 191, par. 1, TFUE. A tal riguardo, basterà evocare la presenza, nel sistema dei Trattati, del principio c.d. di "integrazione", ribadito anche all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che consente di ritenere come, in via generale, finalità di tutela ambientale attendano di per sé anche a quelle di tutela della salute umana, cfr. A. RIZZO, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto unico europeo al Trattato di Lisbona*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, pp. 27-28.

⁴ Le Comunità europee hanno acquisito competenza in tale settore (sicurezza dei prodotti destinati al consumatore) attraverso l'intervento di armonizzazione normativa in tema di specifiche tecniche dei prodotti, cfr. risoluzione del 7 maggio 1985 con la quale il Consiglio dell'Unione ha adottato un c.d. "nuovo approccio" per l'armonizzazione tecnica e gli standard qualitativi dei prodotti, progetto confluito nella direttiva 2001/95 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001 nonché in quella istituita di una specifica responsabilità per danno da prodotti difettosi, 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985.

⁵ Cfr. ad es., regolamento 652/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che fissa le disposizioni per la gestione delle spese relative alla filiera alimentare, alla salute e al benessere degli animali, alla sanità delle piante e al materiale riproduttivo vegetale, avente propria base giuridica tanto nell'art. 43 TFUE (che stabilisce il tipo di interventi che l'Unione può decidere ai fini della definizione della politica agricola comune) quanto nell'art. 168, par. 4, lett. b), TFUE che, nel fornire base giuridica agli interventi dell'Unione su aspetti di politiche sanitarie, prevede che l'Unione possa legiferare su politiche veterinarie e fitosanitarie nella misura in cui tramite queste si intendano perseguire finalità di tutela della salute pubblica. Al secondo 'considerando', il citato regolamento indica che l'Unione deve "(...) contribuire ad un livello elevato di sanità umana, animale e vegetale nell'intera filiera alimentare, nonché ad un livello elevato di protezione e di informazione per i consumatori e di tutela dell'ambiente, favorendo al contempo la competitività e la creazione di posti di lavoro".

⁶ L'origine del principio ha sede nell'ordinamento internazionale, considerando che già la Dichiarazione di Rio firmata nel 1992 in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo (UNCED) recitava in questi termini: "Ove vi siano minacce di danno serio o irreversibile,

comunitarie relative al settore fitosanitario e veterinario: la Corte di giustizia ha infatti rilevato come il perseguimento degli obiettivi di politica agricola non esima le istituzioni dal perseguire e rispettare anche principi di portata generale come quello concernente la tutela della salute pubblica e il principio di precauzione, consistendo, quest’ultimo, esattamente nel fondare il potere (e l’obbligo) per le istituzioni stesse di intervenire *cautelativamente* con propri atti – di portata legislativa ed in relazione a situazioni di *emergenza* – prima ancora che un rischio per la salute pubblica si renda concretamente quantificabile, ma tuttavia possa ritenersi probabile⁷.

Nel trattato istitutivo della Comunità europea per l’energia atomica (CEEa c.d. Euratom) la tutela ambientale è stata concepita quale finalità esattamente strumentale all’obiettivo di tutela della salute umana. L’Euratom assume competenza *esclusiva* per quanto attiene ai controlli sul rispetto del divieto di distogliere l’utilizzo di materie nucleari dalle finalità civili cui sono destinate dagli stessi Stati membri. Inoltre, l’art. 30 del Trattato Euratom definisce, *inter alia*, il concetto di “standard minimi”, concernenti la presenza di dosi massime consentite di particelle radioattive compatibili con un livello adeguato di salubrità, i livelli massimi ammissibili di esposizione a contaminazioni, i principi fondamentali concernenti la salute dei lavoratori e della collettività⁸. Il Trattato Euratom all’art. 37 contempla inoltre l’obbligo per gli Stati membri di comunicare alla Commissione europea le attività di smaltimento di residui radioattivi⁹.

Anteriormente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha contribuito a chiarire alcuni aspetti delle competenze dell’Unione nei settori accennati, l’Unione stessa si è avvalsa delle proprie competenze a fini di c.d. “ravvicinamento delle legislazioni” attingendo al disposto dell’attuale art. 114, par. 3, TFUE che impone alla Commissione – tenuto conto del limite generale che consente il ricorso a tale base giuridica solo per la realizzazione di obiettivi del mercato interno (cfr. art. 26 TFUE) – di mirare a un “livello di protezione elevato” quando propone l’adozione di atti che rilevino nei settori della sanità e della sicurezza nonché della protezione di ambiente e consumatori, tenendo altresì conto degli sviluppi scientifici in tali settori¹⁰.

l’assenza di certezze scientifiche non deve essere usata come ragione per impedire che si adottino misure di prevenzione della degradazione ambientale”.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*. In termini ancora più chiari nel caso *National Farmers’ Union* del 5 maggio 1998, in causa C-157/96, pp. 63 e 64. Si veda anche sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Association Greenpeace France e a. e in dottrina*, tra gli altri, A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006.

⁸ Direttiva 2013/59/Euratom del 5 dicembre 2013, che stabilisce norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione contro i pericoli derivanti dall’esposizione alle radiazioni ionizzanti, e che abroga le direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom e 2003/122/Euratom.

⁹ La Corte di giustizia nella sentenza del 12 aprile 2005, causa C-61/83, *Commissione c. Regno Unito*, ha sottolineato “l’importanza cruciale che riveste l’obiettivo di proteggere la salute delle popolazioni e l’ambiente contro i pericoli connessi all’utilizzo dell’energia nucleare”. Nella stessa pronuncia la Corte ha precisato che tali cruciali obiettivi non incidono a detrimento della possibilità per gli Stati di non conformarsi al *dictum* del citato art. 37 Trattato Euratom se le attività di smaltimento riguardino rifiuti radioattivi provenienti da fonti e materiali utilizzati specificamente per finalità militari, cfr. E. BREDÀ, *Alla ricerca del delicato equilibrio tra protezione della salute e difesa della sicurezza nazionale nell’ambito del Trattato Euratom*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 1126 ss., e A. RIZZO, *L’affermazione di una politica ambientale*, cit., pp. 23-24.

¹⁰ L’attuale art. 114 TFUE (già 95 TCE) rappresenta la base giuridica del regolamento 726/2004 del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l’autorizzazione e la sorveglianza dei medic-

2. Questioni di diritto sanitario e tutela della salute umana rilevano a livello dell'Unione sia sotto l'angolo dell'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dai Trattati sia sotto l'angolo del riconoscimento di tale fondamentale prerogativa dell'individuo secondo standard già ampiamente accolti tanto nella dimensione nazionale quanto in quella internazionalistica.

Per quanto attiene al primo aspetto, lo stesso ordinamento dell'Unione prevede una clausola generale che, a certe condizioni, ammette restrizioni alla libera circolazione dei beni sancita "storicamente" sin dai Trattati di Roma (cfr. attuali articoli 34 e 35 TFUE in tema di divieto di restrizioni quantitative alla circolazione dei beni tra Stati membri dell'Unione e divieto di misure di effetto equivalente). Si tratta, in tal caso, di una restrizione (cfr. art. 36 TFUE) a una libertà fondamentale la cui interpretazione, al fine di determinare la minore o maggiore ampiezza di quei limiti, è rimessa all'esclusiva competenza delle istituzioni dell'Unione. L'articolo citato riveste un'importanza indubbia nella comprensione del funzionamento del mercato interno creato dai trattati, risultando i motivi di limitazione in esso sanciti di "stretta interpretazione"¹¹. In questo contesto, la Corte ha riconosciuto che, "fra i beni od interessi tutelati dall'art. 36 la salute e la vita delle persone occupano il primo posto"¹². In genere, l'"elevato livello di protezione della salute", accanto a "un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo", rappresenta un obiettivo ampiamente riconosciuto come prioritario, anche nel funzionamento del mercato interno, dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione¹³. Il regime probatorio delle controversie sorte in applicazione di tale norma impone alla parte "pubblica" nazionale, che in genere appone le restrizioni alla libertà fondamentale sancita agli articoli 34 e 35 TFUE ed è quindi spesso convenuta in giudizio da chi agisce in contestazione di tali restrizioni, di dimostrare la

nali per uso umano e veterinario e che istituisce l'Agenzia europea dei medicinali. La discrezionalità del legislatore comunitario ai sensi dell'art. 114, par. 3, TFUE è sottolineata dalla sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd.*, particolarmente dove specifica (cfr. punto 80) che "Per quanto riguarda, in particolare, la tutela della salute, risulta dall'art. 95, n. 3, CE [divenuto art. 114 n. 3 TFUE], che il legislatore comunitario deve garantire un livello elevato di tutela nell'armonizzazione realizzata, tenuto conto in particolare degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici (...)" cfr. F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 286 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 678 ss.

¹¹ Cfr. punto 39 della sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1998, causa C-120/95, *Decker*: "obiettivi di natura puramente economica non possono giustificare un ostacolo al principio fondamentale della libera circolazione delle merci", salvo precisare, nello stesso passaggio che "non può escludersi che un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale possa costituire un motivo imperativo di interesse generale atto a giustificare tale ostacolo".

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976, causa 104/75, *De Pijper*, punto 15. Si osservi il destino "nei numeri" dell'art. 36 TFUE: nato come art. 36 del Trattato CEE, esso è divenuto art. 30 a seguito delle modifiche intervenute col Trattato di Maastricht salvo poi riprendere la numerazione originale con le riforme di Lisbona.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, causa C-28/09, *Commissione c. Austria*. Si veda lo storico brocardo in tema di regole del mercato interno comunitario: "misure nazionali atte ad ostacolare gli scambi intracomunitari possono essere giustificate da uno dei motivi di interesse generale indicati all'art. 30 CE [ora art. 36 TFUE] quali la tutela della salute e della vita delle persone, o da una delle ragioni imperative dirette, tra l'altro, alla tutela dell'ambiente, purché le misure in questione siano proporzionate all'obiettivo perseguito" (sentenze della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta "*Cassis de Dijon*", e del 5 febbraio 2004, causa C-270/02, *Commissione c. Italia*).

fondatezza sul piano del perseguimento degli obiettivi di interesse generale di quelle misure restrittive contestate¹⁴. In caso di assolvimento di tale onere probatorio, spetterà alla parte che lamenta l'eventuale lesione della libertà riconosciuta dal Trattato dimostrare il carattere sproporzionato¹⁵ delle restrizioni imposte dalle autorità di uno Stato membro rispetto agli obiettivi di cui all'art. 36 TFUE¹⁶.

Per quanto attiene alle altre libertà fondamentali sancite dai Trattati, rileva in primo luogo citare il concetto onnicomprensivo di *esigenze imperative di interesse generale* previsto quale limite estensibile all'esercizio, in particolare, della libera prestazione dei servizi (cfr. art. 56 ss. TFUE). Tale libertà, in primo luogo, implica non solo, e più direttamente, la libertà “attiva” di circolare nell'Unione al fine di prestare attività temporanee retribuite, ma anche quella di ricevere una prestazione ad es. di tipo medico in uno Stato membro dell'Unione diverso da quello di cui si sia cittadini. A tale riguardo, la Corte di giustizia dell'Unione con la sentenza *Kholl*¹⁷ ha inaugurato un percorso interpretativo che si è tradotto in un costante sforzo di bilanciamento tra esigenze di equilibrio finanziario dello Stato nella gestione delle proprie politiche sanitarie e possibilità per i cittadini di altri Stati membri dell'Unione di accedere alle strutture sanitarie di un diverso Stato membro di accoglienza¹⁸.

La questione ha assunto altresì specifica rilevanza sotto il profilo delle conseguenze derivanti dall'accesso dei cittadini di uno Stato dell'Unione a diversi

¹⁴ Secondo consolidato indirizzo della Corte del Lussemburgo, infatti, “spetta alle autorità nazionali che invocano tale disposizione onde adottare un provvedimento restrittivo del commercio intracomunitario controllare di volta in volta se il provvedimento progettato risponda ai criteri della detta disposizione” (così sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1983, causa 174/82, *Sandoz*, punto 9). In tema v. F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 132, che ricorda “il *self-restraint* a favore del ‘metodo scientifico’ compiuto sistematicamente dalla giurisdizione unionale”, proprio nel senso che tendenzialmente la Corte del Lussemburgo non svolge analisi sul merito delle spesse complesse questioni scientifiche sottese come tali a obiettivi di politica sanitaria.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*, c.d. *Legge sulla qualità della birra*, secondo la quale, nell'applicare le eventuali limitazioni ammesse dall'art. 36 TFUE (nel caso di specie, quelle imposte dalle autorità tedesche all'importazione in Germania di birre prodotte in altri Stati membri della Comunità in cui vengono usati additivi), le autorità di uno Stato membro “devono tuttavia limitarsi a quanto effettivamente necessario per la tutela della sanità pubblica”.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2010, causa C-421/09, *Humanplasma GmbH*: la Corte ha ad esempio ritenuto sproporzionato rispetto al fine di “garantire la qualità e la sicurezza del sangue e dei componenti del sangue” l'ostacolo imposto all'importazione di plasma verso uno Stato membro dell'Unione in cui si richieda di dimostrare che la donazione di sangue sia stata effettuata “senza dar luogo ad alcun rimborso delle spese sostenute dal donatore” (punti 43-46).

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1998, causa C-158/96, secondo la quale (v. punto 6 della massima) le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi “ostano a una normativa nazionale la quale subordina all'autorizzazione dell'ente previdenziale dell'assicurato il rimborso, secondo le tariffe dello Stato di iscrizione, delle prestazioni di cure dentarie fornite da un ortodontista stabilito in un altro Stato membro. Una normativa siffatta scoraggia gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato membro e costituisce, sia per questi ultimi sia per i loro pazienti, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi”.

¹⁸ La Corte ha anche precisato che una prestazione medica non perde la sua qualifica di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 TCE (oggi art. 56 TFUE) per il fatto che il paziente, dopo aver retribuito il prestatore straniero per le cure ricevute, solleciti successivamente la presa in carico di tali cure anche da parte di un servizio sanitario nazionale (sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*). La Corte ha comunque ritenuto il settore della sanità come soggetto a una generale esenzione dall'applicazione automatica delle regole sul mercato interno, come risulta anche *infra*.

sistemi nazionali di previdenza e sicurezza sociale di altri Stati membri, sistemi per i quali i Trattati prevedono che l'Unione adotti una disciplina di coordinamento al fine di garantire la libera circolazione delle persone¹⁹. Pertanto, là dove la Corte ha affermato che l'art. 49 TCE (oggi art. 56 TFUE) osta all'applicazione di "qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro"²⁰, il riferimento a "qualsiasi" normativa nazionale implica che anche le restrizioni promananti dai regimi di previdenza sociale nazionali²¹ possono dare luogo a restrizioni vietate dalla norma "generale" di cui all'art. 56 TFUE stesso. La Corte ha tuttavia ritenuto che uno Stato membro dell'Unione possa rifiutarsi di riconoscere determinate prestazioni sanitarie a favore di cittadini provenienti da altri Stati membri dell'Unione stessa, e ciò al fine di garantire (come previsto dallo stesso regime di coordinamento dei sistemi di previdenza pubblica nazionali) l'equilibrio e la stabilità dei conti pubblici di detto Stato membro ospitante²². Tali profili sono stati peraltro fatti oggetto di disciplina formale attraverso la direttiva 2011/24 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera²³.

Nell'applicare, inoltre, il regime sulla libera prestazione dei servizi e il diritto di stabilimento previsti dai Trattati a professionisti operanti nel settore sanitario, la Corte ha seguito grosso modo lo stesso approccio applicato alla tutela dei destinatari di cure mediche transfrontaliere. Pertanto, la Corte, pur sulla base di un generale favore nei confronti dei sistemi sanitari pubblici in quanto tendenzialmente esenti da un'applicazione automatica delle regole del mercato interno e del diritto della concorrenza²⁴, ha ritenuto estensibile anche a questi la necessità che una tale esen-

¹⁹ Trattandosi, nel caso di specie, di temi attinenti alla circolazione dei lavoratori *ex art. 45 TFUE*. Rispetto a tali regimi previdenziali, l'Unione esercita solo una competenza di coordinamento tuttavia fornendo, come si vedrà *infra*, alcune regole anche in ambito sanitario: cfr. art. 48 TFUE e regolamento n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, sul quale cfr., *ex multis*, A. RIZZO, *Sicurezza e assistenza sociale nell'Unione europea*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 243 ss.

²⁰ Sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-381/93, *Commissione c. Francia*.

²¹ Cfr. al riguardo art. 20, par. 2, regolamento 883/2004, secondo il quale le autorità nazionali, al fine di valutare se un lavoratore abbia diritto a ricevere una prestazione medica nello Stato membro dell'Unione diverso da quello di cittadinanza ed in cui tale persona presti la propria attività lavorativa, devono previamente verificare se un determinato trattamento sanitario offerto da tale Stato corrisponda a un trattamento offerto dallo Stato cui quel lavoratore appartiene.

²² Cfr. *ex multis* sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione c. Francia*.

²³ Direttiva del 9 marzo 2011: quest'ultima fonte, anche alla luce di giurisprudenza relativa al regime anteriore all'entrata in vigore del regolamento 883/2004 (sentenza del 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov*), accoglie una lettura che rafforza il contenuto della citata norma dell'art. 20, par. 2, del regolamento 883/2004 stesso, escludendo che sorga un obbligo per lo Stato richiesto di offrire prestazioni non corrispondenti a quelle offerte nello Stato di provenienza del cittadino comunitario. La stessa direttiva prevede altresì un sistema di autorizzazione previa ai rimborsi dei costi derivanti da prestazioni sanitarie transfrontaliere, in tema v. M. FALCONE, *La direttiva 2011/24 sulla mobilità dei pazienti alla luce della cittadinanza europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 363 ss.

²⁴ Rispetto ai rapporti tra politiche sanitarie in seno all'Unione e applicazione ad esse delle regole sulla concorrenza tra imprese e aiuti di Stato come stabilite dai Trattati dell'Unione, l'avvocato generale Póitres Maduro, nel caso *FENIN* (cfr. conclusioni del 10 novembre 2005 in causa C-205/03 P, punto 25) ha fornito alcune generali indicazioni, sulla base delle seguenti considerazioni: "È (...) indispensabile individuare un criterio chiaro al fine di individuare la linea di demarcazione per l'applicazione del

zione si basi sul perseguimento di chiari fini di ordine generale (che vanno dalla protezione dei pazienti, al garantire un accesso efficiente ed esteso dei privati alle strutture sanitarie, all’applicazione di regole di ordine etico ai professionisti e tecnici operanti in queste ultime fino alla necessità di garantire la stabilità finanziaria del sistema sanitario nazionale) e che, nel perseguimento di tali fini, emerga chiaramente il carattere proporzionato delle restrizioni all’accesso da parte di terzi (operatori provenienti da altri Stati membri) allo stesso sistema sanitario interessato²⁵.

Vale infine la pena ricordare che, nell’ottica della libertà di circolazione infracomunitaria riconosciuta ai cittadini dell’Unione (cfr. art. 21 TFUE), la direttiva 2004/38 ha stabilito, all’art. 29, quali, tra le restrizioni basate su ragioni di tutela della sanità pubblica, valgono ad autorizzare gli Stati a limitare quella stessa libertà²⁶. Tale previsione è peraltro coerente con un’altra storica “limitazione” ammessa a un’altra tra le libertà fondamentali riconosciute dai Trattati, ossia quella di circolazione dei lavoratori²⁷.

3. La disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dedicata alla tutela della salute, nel ribadire l’obiettivo generale posto in capo all’azione delle istituzioni dell’Unione di perseguire “un elevato livello di protezione della salute umana”, riconosce anche ai privati il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche, ma pur sempre “alle condizioni imposte dalle legislazioni e prassi nazionali”. Se, per quanto riguarda l’obiettivo del “perseguimento” di un “livello elevato di tutela”, l’art. 35 sembra richiamare l’art. 9 TFUE quale “clausola sociale orizzontale” riferita a tutte le politiche e obiettivi dell’Unione²⁸, il

diritto della concorrenza. In via di principio, le regole del diritto della concorrenza si applicano solo agli operatori economici operanti su un mercato e non agli Stati, salvo il caso in cui essi erogino aiuti alle imprese”.

²⁵ Secondo la Corte, infatti, “la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato (...) spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la protezione della sanità pubblica ed il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all’altro, occorre riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale” (sentenza della Corte di giustizia dell’11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, punto 103).

²⁶ Direttiva 2004/38/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004. Secondo l’art. 29 di tale direttiva “Le sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell’Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante”. I successivi commi chiariscono anche le procedure di eventuale allontanamento dal territorio di uno Stato dell’Unione ospitante di un cittadino di altro Stato membro per i motivi appena accennati.

²⁷ Cfr. art. 45, par. 3, TFUE cui la citata disposizione della direttiva 2004/38 offre sostanzialmente attuazione, peraltro restringendo le prerogative delle autorità nazionali rispetto a quanto ricavabile dalla stessa norma del Trattato e dalla precedente disciplina derivante dalla direttiva 64/221 del 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d’ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. In tema, A. RIZZO, *Verso una cittadinanza europea. Note su giurisprudenza e disciplina in tema di cittadinanza e sicurezza sociale nell’ordinamento comunitario*, in F. P. TRAISCI (a cura di), *Il “diritto privato europeo” dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, pp. 446-448, e E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2019, II ed., p. 66.

²⁸ L’art. 9 TFUE sancisce una serie di “interessi sociali” (elevato livello di occupazione, protezione sociale e lotta all’esclusione sociale, elevati livelli di istruzione, formazione e tutela della salute umana) aventi una rilevanza ordinamentale “oggettiva”, che le istituzioni, anche legislative, dell’Unione devono primariamente avere cura di proteggere nello svolgimento delle proprie funzioni, cfr. S. GIUBBONI,

resto della disposizione richiama l'art. 52, par. 6, della Carta stessa, norma che per l'appunto dovrebbe essere letta come traduzione nel contesto del sistema di tutela stabilito dalla Carta del generale principio di sussidiarietà. Quindi, nella misura in cui alcune tra le voci di tutela fondamentali sancite nella Carta, come il diritto alla salute, ricevano adeguata protezione a livello di ordinamenti nazionali, non solo la competenza ma la stessa capacità di sindacato dell'Unione deve ritrarsi da qualsiasi iniziativa di intervento rispetto alle azioni poste in campo dai propri Stati membri. Resta a questi ultimi affidato il compito di strutturare i propri sistemi sanitari in termini di accessibilità agli stessi da parte della collettività dei cittadini nonché in termini di livelli di prestazioni e protezione garantiti a livello pubblico.

Nell'esigenza di bilanciamento tra voci di tutela (siano esse diritti veri e propri o libertà) eventualmente emergenti in un singolo caso contenzioso, oltre che tra tali voci di tutela e altri obiettivi perseguiti a livello dell'Unione, la stessa Corte di giustizia dell'Unione ha voluto rimarcare la tendenziale preminenza da riconoscere al diritto alla salute anche nel contesto del sistema creato dai Trattati (e ulteriormente definito attraverso l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione)²⁹. Si conferma così la tendenza, almeno in linea generale (v. anche *supra*), della Corte del Lussemburgo a riconoscere che, nel sistema dell'Unione, la tutela della salute, quale finalità afferente alla tutela della vita umana (cfr. art. 3 della Carta dei diritti dell'Unione), può assumere carattere prioritario rispetto al libero esercizio di un'attività professionale, in quanto tale "libero esercizio" "al pari del diritto di proprietà, non risulta essere una prerogativa assoluta, ma va considerato in relazione alla sua funzione nella società"³⁰.

Per quanto attiene, poi, al citato obiettivo prioritario della tutela della vita umana, occorre ricordare che lo stesso giudice dell'Unione non ha dimenticato di sottoporre a confronto "orizzontale" il bene protetto dall'art. 35 della Carta e quello di cui all'art. 1 della stessa Carta (dignità umana), particolarmente rispetto a quelle circostanze in cui entrambe le voci di tutela, intese anche come obiettivi perseguiti dalle legislazioni nazionali e sovranazionale, possono trovare congiunta applicazione³¹.

L'accesso al welfare nell'Unione europea, tra cittadinanza e mercato, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, p. 135; G. CAGGIANO, *COVID-19*, cit.

²⁹ Nella sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, causa C-544/10, *Deutsche Weintor eG*, richiamando espressamente l'art. 35 della Carta, ha chiarito (cfr. punti 51-60) come "misure che limitano le possibilità di pubblicità per le bevande alcoliche e che mirano in tal modo a lottare contro l'abuso di alcol rispondono a preoccupazioni di sanità pubblica e la tutela di quest'ultima costituisce un obiettivo di interesse generale idoneo a giustificare, ove necessario, una restrizione di una libertà fondamentale" (venendo in rilievo, in tal caso, un confronto con l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sulla libertà di impresa) pur sul presupposto che tale limitazione non intaccasse nella sostanza tale libertà.

³⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2004, *Swedish Match*, causa C-210/03, punto 72. È dunque possibile apportare restrizioni all'esercizio di tali libertà, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale e non si risolvano in interventi sproporzionati che pregiudichino la stessa sostanza di tali diritti (v., *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 1997, causa C-22/94, *Irish Farmers Association e a.*).

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Brustle*, cfr. punto 38: "Se è vero che la direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche mira a incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia, lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, della dignità umana".

Ma la tutela della salute rileva non solo nella dimensione propriamente “interna all’Unione” sopra accennata, attinente al confronto tra disposizioni della Carta dei diritti dell’Unione e tra queste stesse disposizioni e altre disposizioni dei Trattati. La formulazione dello stesso art. 35 della Carta è infatti chiara nell’assegnare, come già rilevato, alla dimensione nazionale la primaria competenza di perseguire la tutela di quel bene particolarmente preminente per la persona umana. A questo riguardo, occorre ricordare che la stessa Corte di giustizia dell’Unione non ha negato mai la possibilità che la tutela della salute umana, espressamente garantita in pressoché tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione³², sia in grado di condurre a una compressione delle altre libertà sancite dal diritto dell’Unione³³.

Le norme c.d. “orizzontali” della Carta si interessano anche delle questioni attinenti ai rapporti tra le disposizioni e le voci di tutela stabilite dalla Carta stessa e quelle ricavabili, oltre che dagli ordinamenti nazionali, anche da altre fonti internazionali che riguardino la salvaguardia dei diritti fondamentali, inclusa la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e le libertà fondamentali (CEDU), cui notoriamente la Corte di giustizia dell’Unione ha fatto sempre particolare riferimento anche a fini di riconoscimento di determinate voci di tutela specificamente in seno all’ordinamento dell’Unione³⁴. La Corte di Strasburgo ha ricondotto la tutela della salute (menzionata espressamente dalla CEDU a fini di

³² Per l’Italia, cfr. di recente il caso delle industrie “Ilva” di Taranto su cui v., dopo lunghi periodi di incertezza interpretativa e regolamentare, la sentenza della Corte costituzionale n. 58 del 23 marzo 2018, che, *inter alia*, afferma come “il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione [segnatamente quelli afferenti alla tutela della salute, cfr. art. 32 Cost. it.] porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all’attività d’impresa la quale, ai sensi dell’art. 41 Cost., si deve esplicitare *sempre* in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere *prontamente* i fattori di pericolo per la salute, l’incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti *condizione minima e indispensabile* perché l’attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle *esigenze basilari della persona*” (si veda anche la sentenza della Cassazione n. 5172 del 6 ottobre 1979, c.d. “Corasaniti”, giustamente citata da G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione giustizia*, reperibile online).

³³ Sentenza del 17 luglio 1997, causa C-183/95, *Affish*, punto 42, secondo cui, “la libertà di esercizio delle attività professionali non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerata alla luce della sua funzione sociale” e che, quindi, nei settori rilevanti, il perseguimento di fini di carattere generale “può giustificare restrizioni aventi conseguenze negative, anche notevoli, per taluni operatori economici”. La Corte del Lussemburgo ha affrontato anche il problema noto dei c.d. “contro-limiti” di derivazione nazionale, ammettendone di volta in volta la rilevanza idonea a limitare l’esercizio di alcune tra le prerogative individuali riconosciute dai Trattati, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, e, in tema, G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, p. 23.

³⁴ Cfr. l’esplicito riferimento alla CEDU operato all’art. 6 TUE tanto ove contempla la possibilità di adesione dell’Unione alla Convenzione di Roma stessa (ma v. le conclusioni contrarie raggiunte dalla Corte di giustizia dell’Unione nel parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014) quanto in tema di rapporti tra diversi livelli di *governance* (internazionale, nazionale e comunitaria) nella tutela dei diritti umani. Si ricorda qui la teoria della c.d. “tutela equivalente” dei diritti invalsa nella giurisprudenza di Strasburgo: sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 30 giugno 2005, *Bosphorus Airways v. Ireland*, ric. 45056/98, e 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 ss., A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in AA.VV., *La protezione dei diritti dell’Uomo nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 700 ss., G. BIAGIONI, *Avotins v. Latvia. The Uneasy Balance*

possibile limitazione di alcuni diritti in essa sanciti, cfr. art. 2 Protocollo 4 e art. 5, par. 1, lett. e, CEDU) di volta in volta ad altre disposizioni della Convenzione, afferenti a seconda dei casi al diritto alla vita, al divieto di tortura, alla tutela della libertà e sicurezza, al rispetto della vita privata e familiare. Emblematico di tale approccio è il recente caso *Cordella* deciso dalla Corte di Strasburgo³⁵, dove le note vicende attinenti alle industrie Ilva di Taranto sono esaminate nel contesto del perseguimento di finalità di tutela ambientale, ma senza dimenticare di menzionare (come soprattutto fatto dalla nostra Corte costituzionale) la necessità di bilanciamento tra obiettivi di sviluppo economico e sociale e tutela della salute umana³⁶. Simile approccio, ma con effetti opposti, la stessa Corte europea sembra avere seguito nel recentissimo caso *Vavříčka e a. c. Repubblica ceca*³⁷, concernente un contenzioso che vedeva confrontate le autorità della Repubblica ceca a cittadini cechi che si rifiutavano di sottoporre i propri figli a vaccinazioni ritenute obbligatorie in quel Paese. La Corte in tal caso ha bilanciato, da un lato, la protezione della salute umana perseguita, nella Repubblica ceca, attraverso l'imposizione di un obbligo vaccinale limitato ad alcuni tipi di vaccino, con, dall'altro lato, la libertà di scelta da parte dei privati se accettare o meno di sottoporre la propria prole a tali vaccinazioni, scelta tutelata, a dire delle parti private, dall'art. 8 CEDU, inerente alla protezione della vita privata e familiare. La Corte europea ha ribadito la centralità della protezione della salute umana come finalità generalmente perseguita dallo Stato e da ritenere, in quanto tale, prevalente rispetto alla libertà individuale dei privati che decidessero di non sottoporsi a tali cicli vaccinali obbligatori.

Al di là della coincidenza tra la materia affrontata nella pronuncia da ultimo richiamata e la materia oggetto di questo commento (sotto la lente, però, dell'individuazione della possibilità per lo Stato di imporre ai propri sudditi di sottoporsi a cicli vaccinali), emerge, tanto dal caso *Cordella* quanto dal caso *Vavříčka*, il carattere preminente, riconosciuto dal “sistema di Strasburgo”, della protezione della salute umana e la possibilità per lo stesso ordinamento dell'Unione di ispirarsi, conformemente all'art. 6, par. 3, TUE (che annovera i diritti sanciti dalla CEDU tra i principi generali dell'ordinamento dell'Unione), all'indirizzo interpretativo seguito dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

4. Vale la pena valutare il contesto “interno” sin qui riassunto alla luce della rilevanza assunta dalle questioni di tutela della salute pubblica a livello internazionalistico in quanto l'Unione europea, considerato il quadro di riferimento formale sin qui richiamato, conduce da tempo una propria politica esterna nei settori più tradizionalmente afferenti ad una politica commerciale che tenga sempre più conto di criteri di sostenibilità dello sviluppo a livello globale³⁸.

Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights, in *European Papers*, 2016, p. 579 ss.

³⁵ Sentenza del 26 gennaio 2019, ricorsi n. 54414/13 e 54264/15.

³⁶ Cfr. *supra* nota 32, per quanto attiene alla pronuncia della Consulta, e A. RIZZO, *La Corte di Strasburgo decide il caso Ilva, ovvero: quando la negligenza dei governi mette a rischio la salute delle persone*, in *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, reperibile online, e più in generale ID., *L'affermazione di una politica ambientale*, cit. p. 39 ss.

³⁷ Sentenza dell'8 aprile 2021, ricorso 47621/13.

³⁸ Si vedano i principi 3 e 4 della Dichiarazione di Rio nonché, per l'Unione europea, cfr. p. 5 della Introduzione del Sommario annesso alla risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli

Nella dimensione internazionalistica, una qualche tensione si è venuta a creare nel settore dell’accesso a cure e farmaci c.d. “essenziali”, tra, da un lato, l’Organizzazione mondiale della sanità e, dall’altro lato, la stessa Unione europea operante, in particolare, attraverso la promozione e conclusione dell’accordo istitutivo del TRIPS³⁹. La finalità del secondo accordo essendo, all’evidenza, quella di garantire per periodi prolungati (20 anni) la protezione delle invenzioni in campo farmaceutico anche per prodotti medicinali ritenuti “essenziali”, emerge il diverso approccio inaugurato all’inizio del terzo millennio dall’OMS, mirando quest’ultima all’obiettivo del maggiore accesso possibile a tali farmaci da parte di tutti. Tale frizione sembra essere stata in parte superata con la c.d. “dichiarazione di Doha” in cui si riconosce “the right of WTO Members to use, to the full, the provisions in the TRIPS agreement which provide flexibility (...) to protect public health and, in particular to promote access to medicines for all”⁴⁰. I contenuti di tale dichiarazione, peraltro, sono stati testualmente riportati nel primo ‘considerando’ del regolamento 816/2003⁴¹, con il quale a livello di Unione è stata predisposta una c.d. “licenza obbligatoria” di cui godrebbe il titolare del brevetto sul prodotto così commercializzato per finalità di tutela della salute pubblica espressamente individuate dalla direttiva stessa, coerenti con quelle individuate dalla dichiarazione di Doha medesima. Sulla scorta delle finalità perseguite da tale dichiarazione, l’Unione ha poi adottato un regolamento⁴² che tra le proprie finalità persegue anche quella di proibire la reimportazione nel mercato dell’Unione di farmaci prodotti (o già esportati) in Paesi terzi a prezzi differenziati, per venire incontro ad esigenze di sanità pubblica di tali stessi Paesi.

Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 1° febbraio 1993 riguardante un programma comunitario di politica ed azione a favore dell’ambiente e di uno sviluppo sostenibile – Programma politico e d’azione della Comunità europea a favore dell’ambiente e di uno sviluppo sostenibile (*GUCE C 138 del 17 maggio 1993*, segnatamente p. 12): “Nella relazione della commissione mondiale per l’ambiente e lo sviluppo (*Brundtland*), lo sviluppo sostenibile è definito come uno sviluppo che soddisfa le esigenze attuali senza compromettere per le generazioni future la possibilità di soddisfare le proprie esigenze”. Attualmente, il principio richiamato è citato agli articoli 3, par. 5, e 21, par. 2, lett. d), TUE (in tema quindi di relazioni con il resto del mondo e specificamente di azione esterna dell’Unione) e nel Preambolo ai Trattati. Nel progetto di Strategia Globale presentato dall’Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza nel 2016 si sottolinea come i valori propri dell’Unione siano affiancati al perseguimento, sempre da parte dell’Unione, degli interessi di quest’ultima: cfr. su questo M. CREMONA, *Extending the Reach of EU Law*, in M. CREMONA, J. SCOTT (eds.) *EU Law Beyond Borders*, Oxford, 2019, p. 69.

³⁹ Accordo sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale concluso come annesso IC del Trattato di Marrakech del 15 aprile 1994 istitutivo dell’Organizzazione Mondiale del Commercio. La Corte di giustizia dell’Unione, intervenendo attraverso l’esercizio della propria competenza pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ha affermato lapidariamente che le materie coperte dall’accordo istitutivo del TRIPS rientrano nella competenza negoziale dell’Unione ai termini dell’art. 207, par. 1, TFUE (sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, causa C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi -Aventis*).

⁴⁰ WTO Ministerial Conference 14 November 2001, WT/MIN/(01)/DEC/2.

⁴¹ Regolamento 816/2006 del 17 maggio 2006, concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all’esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica, cfr. I. GOVAERE, *With Eyes Wide Shut: The EC Strategy to Enforce Intellectual Property Rights Abroad*, in A. DASHWOOD, M. MARESCAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, 2008, p. 425.

⁴² Regolamento n. 953/2003 del Consiglio, del 26 maggio 2003, inteso ad evitare la diversione verso l’Unione europea di taluni medicinali essenziali.

Da quanto precede emerge dunque la tendenziale presa in considerazione, in seno all'ordinamento dell'Unione, di obiettivi acquisiti dal sistema del commercio internazionale e che, per finalità riconosciute come meritevoli in tale ambito, derogano ai principi propri della protezione internazionale dei diritti di privativa incidendo anche su regole proprie del sistema creato dai Trattati dell'Unione ispirate al noto principio dell'esaurimento del diritto di sfruttamento di marchi e brevetti⁴³.

5. Questioni specificamente attinenti ai temi che ci occupano (politiche sanitarie) hanno costituito l'oggetto di analisi anche da parte della Corte di giustizia nel contesto della valutazione intorno alle competenze dell'Unione nel settore della politica commerciale comune e, in tempi più recenti, anche nel settore degli investimenti esteri diretti (articoli 206 e 207 TFUE).

Nel parere 2/15 del 16 maggio 2017 relativo alla competenza dell'Unione a concludere un accordo di libero scambio con Singapore⁴⁴, la Corte di giustizia ha riconosciuto competenza all'Unione a concludere l'accordo per la parte dello stesso concernente il commercio in servizi e strumenti sanitari nonché nel settore dello sviluppo brevettuale nel medesimo ambito: si profila quindi la possibilità per l'Unione di assumere competenza negoziale in tali ambiti *al posto* dei propri Stati membri, in conformità con il modello procedurale concepito dall'art. 218 TFUE e seguendo una consolidata lettura giurisprudenziale della politica commerciale comune dell'Unione come non limitabile, in quanto tale, agli aspetti di commercio strettamente intesi⁴⁵. Da questo punto di vista, assume sicuro rilievo istituzionale il fatto che l'accordo esaminato nel parere 2/15 al capitolo 13 comprende temi concernenti lo sviluppo sostenibile: e proprio in risposta a tale dato formale, la stessa Corte, nel parere medesimo, tiene a precisare che quanto realizzato dall'accordo non mira a una sottrazione di sovranità degli Stati in tale ambito. In effetti, ciò a cui mira l'accordo, in particolare per quanto attiene al campo delle politiche ambientali

⁴³ Principio notoriamente imposto per evitare fenomeni di compartimentazione del mercato interno dell'Unione attraverso imposizione, da parte delle aziende private, di prezzi differenziati tra diversi Stati membri dell'Unione stessa a seconda se il prodotto commercializzato sia coperto o meno da protezione industriale (sentenza dell'11 luglio 1996, cause riunite C-427/93, C-429/93 C-437/93, *Bristol Myers Squibb*). Se le regole indicate hanno piena valenza per il funzionamento del mercato interno dell'Unione (cfr. art. 36 TFUE), esse non valgono per il commercio internazionale e pertanto, in tale diverso contesto, il principio dell'esaurimento dovrà essere espressamente previsto in un accordo commerciale internazionale, non potendo essere desunto in via solamente interpretativa da quest'ultimo. Cfr. sentenza del 16 luglio 1998, causa C-355/96, *Silhouette International Schmied*. In dottrina, S. AMADEO, *Commento all'art. 36 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 608 ss.

⁴⁴ Per un commento generale, v. A. HERVÉ, *L'avis 2/15 de la Cour de Justice. Et maintenant, que faire du partage des compétences entre l'Union et ses états?*, in *Cahiers de droit européen*, 2017, p. 693 ss.

⁴⁵ L'attuale art. 3, par. 2, TUE riproduce *expressis verbis* i criteri generali in base ai quali l'Unione gode di competenza esclusiva di tipo "implicito" per la conclusione di accordi internazionali. In tema cfr. sentenza del 31 marzo 1970, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, c.d. *AETS*; parere del 4 ottobre 1979, 1/78, *Accordo internazionale sul caucciù naturale*; parere del 19 marzo 1993, causa 2/91, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*. In dottrina si vedano, tra gli altri, A. DASHWOOD, J. HELISKOSKI, *The Classic Authorities Revisited*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *The General Law of EC External Relations*, Cambridge, 2001, p. 3 ss.; A. DASHWOOD, M. MARESCUEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations, Salient Features in a Changing Landscape*, Cambridge, 2009, e, anche per ulteriori richiami bibliografici, A. RIZZO, *L'azione esterna dell'Unione europea secondo la riforma di Lisbona. Aspetti istituzionali e giuridici*, in C. RISI (a cura di) *L'azione esterna dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, Napoli, 2010, p. 55 ss.

e sociali, è il rafforzamento di meccanismi reciproci di informazione sui modelli normativi seguiti negli ambiti rilevanti dalle parti contraenti, ciò che di per sé vale a sortire l’effetto di condurre a un ravvicinamento tra legislazioni di Paesi a tradizione giuridica anche molto differente ma su tematiche e politiche pubbliche ritenute evidentemente di rilevanza transnazionale, come tali degne di essere incluse in un ciclo negoziale con proprio *focus* sulla cooperazione di tipo commerciale.

Ma per quanto attiene precipuamente ai temi dell’accordo con Singapore relativi alle “misure sanitarie e fitosanitarie”, la Corte ha innanzitutto ricordato la propria giurisprudenza consolidata, secondo la quale un atto o un accordo dell’Unione rientra nella politica commerciale dell’Unione (sulla quale quest’ultima esercita comunque una competenza esclusiva, cfr. art. 3 par. 1 lett. e, TFUE) qualora riguardi specificamente gli scambi commerciali con uno o più Stati terzi, in quanto esso sia essenzialmente destinato a promuoverli, a facilitarli o a disciplinarli ed abbia effetti diretti ed immediati su di essi⁴⁶. Tenendo conto di tale premessa, la Corte riconosce che nei settori indicati (misure sanitarie e fitosanitarie) finalità precipua dell’accordo con Singapore fosse proprio quella di facilitare gli scambi di merci tra l’Unione e la Repubblica di Singapore e che le disposizioni e gli impegni specifici conseguentemente previsti dall’accordo perseguissero il fine di “alleviare” le condizioni di importazione di tali merci, essendo dunque idonei ad avere effetti diretti e immediati sugli scambi commerciali internazionali.

Da tale quadro formale deriva la conseguente impossibilità per gli Stati membri dell’Unione di apporre un veto ai negoziati condotti dalla Commissione nelle materie rilevanti. Tale limitazione delle prerogative dei governi nazionali potrebbe quindi essere compensata solo dall’esercizio da parte del Consiglio dell’Unione di una qualche forma di rallentamento nella procedura di firma di accordi commerciali negli ambiti richiamati⁴⁷. Ciò, tuttavia, potrebbe ricondurre il discorso a quanto rilevato in precedenza sul tema delle competenze dell’Unione in *subiecta materia*. Sebbene il TFUE attribuisca competenze “solamente” concorrenti, quando non meramente complementari, all’Unione in tale ambito, l’occupazione di spazi di intervento da parte dell’Unione anche attraverso la conclusione di accordi internazionali in campo commerciale potrebbe condurre ad invocare un principio di coerenza da sempre sotteso al funzionamento dell’Unione, specialmente nei rapporti spesso inestricabili tra politiche interne e politiche internazionali perseguite a livello di Unione. A tale proposito, la Corte ricorre in genere al testo dell’attuale art. 4, par. 3, TUE relativo a quell’obbligo di leale cooperazione che “è di applicazione generale e non dipende né dal carattere esclusivo o meno della competenza comunitaria

⁴⁶ Sentenza *Daiichi Sankyo*, e parere del 14 febbraio 2017, 3/15, *Trattato di Marrakech sull’accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti*, p. 78 ss.

⁴⁷ Ciò, peraltro, potrebbe avvenire solo nella misura in cui, in sede di Consiglio, appunto, almeno una parte consistente di rappresentanti dei governi nazionali intendesse rivendicare una competenza generale dei Paesi membri in materia di politiche sanitarie, ipotesi, questa, che solleverebbe più di una questione problematica alla luce delle affermazioni piuttosto nette da parte della Corte di giustizia sulle competenze dell’Unione rispetto alle materie specificamente rientranti sotto l’egida del TRIPS e dell’attuale art. 207, par. 1, TFUE (pronuncia *Daiichi Sankyo*) e con particolare riguardo a quanto rilevato dalla Corte stessa sui temi afferenti alle politiche sanitarie perseguiti in via non “principale” ma “ausiliaria” dai recenti accordi conclusi tra Unione europea e Singapore.

di cui trattasi, né dall'eventuale diritto degli Stati membri di contrarre obblighi nei confronti dei paesi terzi"⁴⁸.

Da quanto precede dovrebbe derivare che, attraverso la conclusione di accordi settoriali (tramite esercizio di competenze in campo commerciale) l'Unione, tramite la Commissione europea, potrebbe rivendicare l'affermazione di una propria competenza sul versante delle relazioni internazionali in molti ambiti riconducibili a una politica sanitaria comune. Ciò peraltro potrebbe persino portare giovamento all'effettività e coordinamento maggiori delle politiche nazionali ad esempio in tema di approvvigionamento di prodotti sanitari e farmacologici reperibili sul mercato internazionale e da distribuire su tutto il territorio dell'Unione in modo quanto più coerente e uniforme, tanto più in fasi di crisi pandemiche che come tali imporrebbero il venire meno di quelle discrasie tra mercati dei Paesi membri che di per sé rappresentano un pericolo ulteriore nel contesto di tali crisi.

6. La situazione pandemica attuale, oltre a porre dei problemi "di merito" sui quali non si vuole qui indulgere data la mole di informazioni esistente, è stata esaminata già da ampia dottrina giuridica, sia per le molteplici implicazioni sul piano del diritto nazionale sia per le altrettante numerose questioni problematiche rilevanti nell'ambito del diritto internazionale e delle organizzazioni internazionali.

Per quanto attiene ai rapporti di tipo contrattuale instauratisi specificamente tra la Commissione e alcune aziende farmaceutiche che si trovano attualmente coinvolte nell'attività di produzione e distribuzione di vaccini contro il virus COVID-19, occorre rilevare come la Commissione non abbia fornito una chiara indicazione di quale sia stata la base giuridica prescelta perché le fosse riconosciuta competenza a negoziare e stipulare tali contratti (ma su questo si torna *infra*), dovendosi quindi ritenere che la conclusione di questi ultimi rientri tra le normali competenze di cui la Commissione gode al fine di portare avanti le proprie attività istituzionali⁴⁹. Tali contratti si limitano a indicare che la legge ad essi applicabile è quella di diritto belga, dal che deriva che le eventuali controversie insorgenti nell'attuazione di tali stessi accordi saranno di competenza del foro di Bruxelles, sede evidentemente della Commissione europea ma anche di molte delle aziende farmaceutiche coinvolte nella produzione vaccinale pianificata a livello europeo tra il 2020 e il 2021.

Vale la pena osservare quindi che la scelta dal punto di vista dell'indicazione del foro competente è caduta in questo caso sul giudice di uno degli Stati membri dell'Unione (il Belgio). Sembra quindi che in tal caso le parti abbiano preferito

⁴⁸ Cfr. la massima della sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2005, C-266/03, *Commissione c. Lussemburgo*, ove si prosegue così: "gli Stati membri hanno obblighi particolari di azione e di astensione in una situazione in cui la Commissione ha presentato al Consiglio proposte che, pur se non adottate da quest'ultimo, rappresentano il punto di partenza di un'azione comunitaria concertata" e, in tema, C. HILLION, *Tous pour un, un pour tous! Coherence and the External relations in the European Union*, in M. CREMONA (ed.), *Developments in EU External Relations*, Oxford, 2008, p. 10 ss.

⁴⁹ Si vedano i vari "Advance Purchase Agreements" conclusi da Commissione e diverse case farmaceutiche, reperibili *online*, in forza della comunicazione della Commissione sulla Strategia dell'Unione per i vaccini contro il COVID-19, COM(2020)245 def. Sugli aspetti di merito dei contenziosi (ormai non più solo ipotetici) relativi a tali accordi si veda P. MANZINI, *Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca*, in *i Post di AISDUE*, 16 aprile 2021.

avvalersi della c.d. *proroga della giurisdizione*, anziché applicare il criterio foro del domicilio del convenuto quale foro *generale* del c.d. “sistema di Bruxelles”⁵⁰.

Non sembra quindi che nel caso di specie possa avere rilievo la norma del TFUE (art. 272⁵¹) che riguarda la competenza della Corte di giustizia dell’Unione in caso di controversie di tipo contrattuale possibilmente insorgenti tra l’Unione (rappresentata dalla Commissione europea) e, nel caso di specie, ciascuna azienda farmaceutica produttrice dei vaccini. Viceversa, tutte le questioni interpretative emergenti da tali eventuali controversie dovrebbero ricadere nell’ambito della competenza pregiudiziale della stessa Corte di giustizia dell’Unione in forza della norma di cui all’art. 267 TFUE, dovendo quindi il giudice belga, che fosse eventualmente adito per risolvere una controversia insorgente dall’esecuzione di uno degli accordi di distribuzione dei vaccini qui richiamati, sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione qualsiasi questione interpretativa del diritto dell’Unione nella misura in cui nel corso dell’eventuale controversia sorgesse un problema interpretativo concernente una fonte giuridica dell’Unione stessa.

7. Anche con riferimento all’aspetto procedurale appena richiamato, va ribadito che i contratti in tema di distribuzione vaccinale conclusi dalla Commissione fanno capo a una serie di decisioni prese dall’Unione e tutte incentrate sull’obiettivo di fronteggiare la crisi pandemica in seno all’Unione attraverso una gamma di strumenti di diversa natura, ma prevalentemente con contenuto finanziario e facenti capo al cosiddetto Strumento di Sostegno all’emergenza (*Emergency Support Instrument*). Si tratta di una misura a contenuto eminentemente finanziario e basata sia su una modifica del progetto di bilancio rettificativo (PBR)⁵² sia su un regola-

⁵⁰ Cfr. l’attuale art. 25 del regolamento 1215/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale: il foro del domicilio del convenuto è considerato il foro generale per le controversie oggetto del regolamento e pertanto le norme di tale regolamento quale quella dell’art. 25, “poiché escludono sia la competenza determinata dal principio generale del foro del convenuto (...) [cfr. ora art. 5 del citato regolamento 1215/2013], sia le competenze speciali (...) [cfr. ora articoli 7-9 regolamento 1215/2013], vanno interpretate restrittivamente per quanto concerne le condizioni ivi fissate”. Inoltre, con riguardo alla scelta del giudice competente, è la “volontà delle parti che giustifica il primato accordato, in nome del principio dell’autonomia negoziale, alla scelta di un giudice diverso da quello che sarebbe stato eventualmente competente ai sensi di detto regolamento” (vale a dire, come indicato, quello corrispondente al foro del convenuto: sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2015, causa C-322/14, *Jaouad El Majdoub*, rispettivamente punti 26, 27 e 29).

⁵¹ Secondo tale norma “La Corte di giustizia UE è competente a giudicare in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di diritto pubblico o di diritto privato stipulato dall’UE o per conto di questa”. In assenza di tale clausola compromissoria espressa in uno degli *agreements* citati alla nota precedente, è da presumere che la controversia relativa all’attuazione dei contratti stessi resti incardinata in capo al giudice indicato dalle parti, nel caso di specie individuato nel foro di Bruxelles (BE).

⁵² COM(2020)145 def., Progetto di bilancio rettificativo n. 1 al bilancio generale 2020: Aiuti alla Grecia di fronte all’aumento della pressione migratoria – Misure immediate nel contesto della pandemia COVID-19 – Sostegno alla ricostruzione dopo il terremoto in Albania – Altri aggiustamenti, con il quale *inter alia* la Commissione richiedeva stanziamenti per il sostegno di emergenza all’interno dell’Unione per aiutare gli Stati membri ad affrontare le conseguenze della pandemia di COVID-19 e per rafforzare ulteriormente il c.d. “meccanismo unionale di protezione civile” (v. *infra*) in modo da agevolare la costituzione di scorte più ampie e il coordinamento della distribuzione delle risorse essenziali in tutta l’Europa. Si veda anche COM(2020)171 def. volta a modificare la decisione (UE) 2020/265 per quanto riguarda gli adeguamenti degli importi mobilitati a titolo dello strumento di flessibilità per il 2020 da utilizzare per far fronte alla migrazione, all’afflusso di rifugiati e alle minacce

mento del 2016⁵³ la cui base giuridica risiede a propria volta nella disposizione di carattere generale di cui all'art. 122 TFUE, norma rientrante nell'ambito oggettivo della politica economica dell'Unione e che autorizza la Commissione a proporre, e il Consiglio dell'Unione a decidere, misure volte a fronteggiare situazioni di crisi in seno all'Unione dettate da “gravi difficoltà nell’approvvigionamento di determinati prodotti”⁵⁴.

Gli interventi finora adottati dall'Unione e attuati dalla Commissione nel quadro del succitato art. 122 TFUE sono stati finalizzati a far fronte alla crisi economica che ha attraversato l'ultimo decennio della vita europea⁵⁵. In generale, occorre ritenere che il linguaggio usato dalla disposizione del Trattato (art. 122 TFUE) non vale a fondare tesi particolarmente restrittive riguardo ai presupposti fattuali che possono concernere uno stato di grave difficoltà legata all'assenza di alcuni specifici prodotti come, nel caso di specie, cure preventive (vaccinali) o farmacologiche la cui necessità si sia resa particolarmente forte in un contesto pandemico. Suscita semmai una serie di riflessioni il fatto che gli interventi così predisposti non facciano alcun riferimento alle citate basi giuridiche dei Trattati specificamente inerenti alla configurazione di una politica sanitaria afferente all'Unione. Sicuramente, le difficoltà cui abbiamo fatto riferimento in precedenza saranno state prese in considerazione dalla Commissione, a cominciare dal carattere di tipo concorrente della competenza dell'Unione in ambito sanitario⁵⁶.

Se quindi anche la “corsa ai vaccini” in seno all'Unione potrebbe essersi rivelata un'occasione “persa” per l'Unione stessa, in quanto la Commissione ha preferito agire su basi giuridiche non afferenti in modo diretto alle finalità di tutela della salute pubblica appena accennate, rileva ricordare come, anche per quanto attiene al perseguimento di tali finalità nel contesto del funzionamento del mercato interno creato dai trattati, la Corte di giustizia dell'Unione abbia già affermato il carattere prioritario di quelle finalità come possibile deroga di volta in volta emergente a fini

alla sicurezza, per l'adozione di misure immediate nel contesto della pandemia di COVID-19 e per il rafforzamento della Procura europea.

⁵³ Regolamento 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione.

⁵⁴ Per quanto attiene al meccanismo unionale di protezione civile (c.d. “rescEU”) indicato nella citata comunicazione COM (2020)145, si veda il Meccanismo di protezione civile dell'Unione, decisione n. 1313/2013 del 17 dicembre 2013; cfr. anche la proposta di modifica della decisione 1313/2013, COM(2020) 202 def. Si ricorda che la competenza dell'Unione in tale ambito (protezione civile) resta di tipo *complementare* rispetto a quella dei Paesi membri, cfr. art. 196 TFUE e art. 2, par. 5, TFUE, dove si precisa che tale genere di competenze (di sostegno, coordinamento e completamento delle azioni assunte a livello nazionale), non consente comunque all'Unione di sostituirsi ai propri Stati membri.

⁵⁵ C. MARGIOTTA, *I presupposti teorici della cittadinanza europea: originarie contraddizioni e nuovi limiti*, in *Freedom Security and Justice European Legal Papers*, 2018, p. 49 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; P. MENGOCZI, *Note sul principio di solidarietà*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, p. 99; e, per ulteriori richiami bibliografici, A. RIZZO, *Diritti fondamentali e criticità dell'Unione europea tra Unione economica e monetaria ed “European Social Union”*. A margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020, in *Freedom Security and Justice. European Legal Studies*, 2020, p. 100 ss.

⁵⁶ Resta, tuttavia, quanto stabilito dallo stesso art. 168 TFUE in tema di interventi da parte dell'Unione che consistano in azioni volte alla lotta ai “grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché (...) l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero”.

di limitazione di alcune libertà fondamentali garantite dallo stesso diritto dell’Unione⁵⁷.

D’altro canto, occorre anche ricordare l’ossequio sempre riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia a finalità di ordine generale proprie degli Stati membri, incluse quelle specificamente riguardanti la necessità di monitorare l’andamento dei conti pubblici e, pertanto, di poter di volta in volta limitare l’accesso a prestazioni sanitarie anche da parte di quei cittadini dell’Unione i quali, in quanto appartenenti a uno Stato membro diverso da quello in cui la prestazione sanitaria è richiesta, si possano vedere comprimere gli effetti di quella stessa libertà di circolazione infra-comunitaria notoriamente sancita dai Trattati⁵⁸. Va tuttavia notato che il ricorso alla base dell’art. 122 TFUE nel caso richiamato degli interventi da parte dell’Unione per affrontare la crisi sanitaria generata dalla attuale pandemia (il riferimento è in particolare all’accennato *Emergency Support Instrument*) dimostra la scarsa propensione, persino a livello istituzionale dell’Unione, a tentare di superare i vari ostacoli formali esistenti nei Trattati ai fini della definizione di una vera e propria politica sanitaria assegnata all’Unione. Resta quindi un dubbio su quale sia l’esatta portata dell’art. 168 TFUE che vale a fondare una serie di interventi, compresi quelli concernenti la lotta “ai grandi flagelli” cui certamente l’attuale crisi pandemica sembra ampiamente riconducibile. È probabilmente vero che l’urgenza del momento ha suggerito al Collegio di proporre al Consiglio il ricorso a uno strumento fondato sul criterio solidaristico adottato ben prima dell’attuale crisi (il riferimento è al richiamato regolamento del 2016 sulla fornitura di sostegno di emergenza all’interno dell’Unione⁵⁹).

La crisi pandemica attuale ha rivelato, peraltro, diversi tipi di criticità in seno all’Unione per quanto attiene ai rapporti tra istituzioni dell’Unione stessa, governi degli Stati membri di quest’ultima e soggetti privati (compagnie farmaceutiche) operanti sia nel mercato dell’Unione sia nel mercato internazionale e rispetto ai quali la Commissione ha già condotto un’ampia campagna di negoziazione e conclusione di accordi di distribuzione dei vaccini specificamente mirati alla lotta al virus COVID-19⁶⁰. In particolare, sono emersi profili problematici derivanti dalla distribuzione a livello europeo (in seno all’Unione) dei cosiddetti “dispositivi di protezione individuale” (di seguito DPI, riferiti più prosaicamente alle “mascherine” chirurgiche protettive)⁶¹. In breve, tale questione ha portato alla luce le non poche discrasie del sistema di commercio internazionale nel quale l’Italia stessa si trova ad operare. Rilevano, in particolare, questioni specifiche su, *inter alia*, modalità e condizioni formali attraverso le quali è possibile (quando è possibile) che un Paese membro dell’Organizzazione internazionale del commercio limiti le esportazioni di prodotti particolari verso altri Paesi. Le regole del “General agreement on tariffs and trade” (GATT) che dal 1994 è stato inserito tra gli allegati dell’accordo istitutivo dell’OMC, rilevano in quanto da esse sono ricavabili alcune specifiche condizioni

⁵⁷ Cfr. *supra*, par. 2.

⁵⁸ Cfr. *supra*, par. 2.

⁵⁹ Cfr. *supra*, nota 53.

⁶⁰ Cfr. decisione della Commissione del 18 giugno 2020, C(2020)4192 fin. “approving the agreement with Member States on procuring Covid-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures”.

⁶¹ Cfr. in tema E. BARONCINI, *Covid-19 e commercio internazionale: una nuova governance sugli healthcare products?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2020, p. 539 ss.

in base alle quali sono ammessi interventi statali ritenuti “necessari” a limitare flussi di esportazione in ragione di una situazione di carenza nell’approvvigionamento a livello nazionale di determinati beni (cfr. art. XX, lett. j, GATT tenuto conto dell’art. XI, par. 1, dello stesso Accordo che, per converso, proibisce categoricamente restrizioni quantitative a importazioni e esportazioni)⁶².

Anche l’Unione ha adottato una politica secondo la quale il commercio “esterno” (verso Paesi terzi rispetto all’Unione) da parte di enti privati costituiti o comunque operanti nel mercato interno dell’Unione può incontrare limiti che devono essere espressamente previsti e che sono, in linea generale, di stretta interpretazione rispetto alle regole del commercio internazionale che pure l’Unione ha fatto proprie sin dai Trattati istitutivi della Comunità europea (cfr. attuale art. 207, par. 2, TFUE). In buona sintesi, come osservato nel quarto ‘considerando’ del regolamento dell’Unione relativo a un regime comune applicabile alle esportazioni⁶³, “le esportazioni destinate ai paesi terzi non sono soggette ad alcuna restrizione quantitativa, fatte salve le deroghe previste dal presente regolamento e le misure che gli Stati membri possono adottare conformemente al trattato”.

Riguardo alle questioni problematiche qui esaminate, rileva in particolare citare l’art. 5 del citato regolamento del 2015 che sancisce come la Commissione, su richiesta di uno Stato membro o di propria iniziativa al fine di prevenire una situazione critica dovuta a una penuria di prodotti essenziali o al fine di porvi rimedio e quando gli interessi dell’Unione richiedono un’azione immediata, a determinate condizioni può decidere di subordinare l’esportazione di un prodotto alla presentazione di un’autorizzazione di esportazione. Rispetto a tale generale previsione, sul tema delle esportazioni di vaccini per il virus COVID-19 è intervenuto specificamente un recente regolamento di esecuzione della Commissione⁶⁴ che ha esteso fino al 31 marzo 2021 un meccanismo di presentazione di autorizzazione all’esportazione quale quello previsto dal succitato regolamento di carattere generale, vincolando quindi le esportazioni di tali prodotti vaccinali fuori dall’Unione a determinate condizioni formali.

8. Come si vede, le previsioni richiamate sono sicuramente un segnale dell’attenzione con la quale in particolare la Commissione europea (trattandosi, nel caso da ultimo richiamato, di un regolamento “di esecuzione” adottato da quest’ultima) intende gestire persino i rapporti commerciali internazionali nei settori rilevanti.

L’adozione di misure limitative del commercio internazionale, riferite a basi giuridiche quale quella dell’art. 122 TFUE in tema di attivazione di una clausola di solidarietà *infra-comunitaria* in campo *economico* o ancor più quale quella appena citata in tema di possibili restrizioni alle esportazioni di beni, sembrano in primo luogo contrastare con regole generali pure fatte proprie dall’OMC e dall’Unione europea, attraverso le quali vengono perseguite determinate finalità di tutela della sanità pubblica e gestione di crisi sanitarie in Paesi bisognosi di supporto proprio nel settore in questione⁶⁵. Inoltre, alcuni strumenti aventi finalità quali quelle richiamate

⁶² S. AATREYA, *Are COVID-19 Related Trade Restrictions WTO-Consistent?*, in *Ejiltalk*, 25 aprile 2020, reperibile *online*; nonché C. GLÖCKLE, *Export Restrictions under Scrutiny – The Legal Dimensions of Export Restrictions on Personal Protective Equipment*, *ivi*, 7 aprile 2020.

⁶³ Regolamento n. 2015/479 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 marzo 2015.

⁶⁴ Regolamento di esecuzione della Commissione 2021/111 del 29 gennaio 2021.

⁶⁵ Cfr. dichiarazione di Doha e regolamento 816/2006; cfr. *supra*, note 40 e 41.

(solidarietà in campo economico e restrizioni alle esportazioni) sembra siano stati congegnati esattamente con la finalità di evitare, da parte delle istituzioni dell’Unione, di ricorrere alla più esplicita base giuridica di cui al citato art. 168 TFUE, in tema di politica sanitaria.

Ed in effetti, quasi in risposta ai *deficit* appena accennati, in tempi piuttosto brevi arriva il regolamento su un nuovo programma d’azione dell’Unione in materia di salute (“programma UE per la salute - EU4Health”)⁶⁶. Si tratta di uno strumento adottato in tempi piuttosto brevi rispetto al momento della presentazione da parte della Commissione della relativa proposta legislativa e che abroga uno strumento legislativo precedente, adottato anch’esso in tempi non così lontani (2014). Tali dati sottolineano già l’urgenza del momento e la necessità, sentita a livello istituzionale, di dimostrare la presa in carico, in seno all’Unione, di una serie di questioni problematiche esistenti nel settore delle politiche sanitarie tanto di dimensione nazionale quanto di dimensione sovranazionale. D’altro canto, il nuovo strumento legislativo non presenta innovazioni particolarmente rilevanti per quanto attiene alla sua base giuridica. I principi riguardanti il carattere concorrente o anche solo complementare delle competenze dell’Unione rimangono quindi tutti confermati⁶⁷. Sono semmai da segnalare le indicazioni a favore di una estensione delle questioni di sanità pubblica a tutti gli strumenti di c.d. “politiche attive” dell’Unione, quelle in particolare che si realizzano attraverso i vari fondi strutturali. Vengono così citati, al ‘considerando’ 26 del nuovo regolamento, i programmi su Europa digitale⁶⁸, Orizzonte Europa⁶⁹, la riserva *rescEU* nell’ambito del meccanismo unionale di protezione civile⁷⁰, lo strumento per il sostegno di emergenza⁷¹, il nuovo Fondo sociale europeo (c.d. FSE+ “per quanto riguarda le sinergie volte a proteggere meglio la salute e la sicurezza di milioni di lavoratori nell’Unione”)⁷², il programma *InvestEU*⁷³, il programma per il mercato interno e quello per la competitività delle imprese⁷⁴, il settore delle piante, degli animali, degli alimenti e dei mangimi e delle statistiche europee (Programma

⁶⁶ Regolamento n. 2021/522 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce un programma d’azione dell’Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 (“programma UE per la salute”) (EU4Health) e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014.

⁶⁷ In tema cfr. G. CAGGIANO, *COVID-19*, cit., p. 81 ss.

⁶⁸ Cfr. proposta di regolamento del 6 giugno 2018, che istituisce il programma Europa digitale per il periodo 2021-2027, COM(434) def.

⁶⁹ Si veda, nell’ambito del vasto programma in tema di ricerca e sviluppo dell’Unione *Horizon 2020*, il Regolamento (UE) n. 282/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla istituzione del terzo programma d’azione dell’Unione in materia di salute (2014-2020) e che abroga la decisione n. 1350/2007/CE.

⁷⁰ Cfr. *supra* nota 54 e decisione (UE) 2019/420 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2019, che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile.

⁷¹ Regolamento (UE) n. 369 del Consiglio, del 15 marzo 2016.

⁷² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al Fondo sociale europeo Plus (FSE+), COM(2018)382 def.

⁷³ Regolamento (UE) n. 523 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 2021, che istituisce il programma *InvestEU* e che modifica il regolamento (UE) 2015/1017.

⁷⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma relativo al mercato unico, alla competitività delle imprese, comprese le piccole e medie imprese, e alle statistiche europee e che abroga i regolamenti (UE) n. 99/2013, n. 1287/2013, n. 254/2014, n. 258/2014, n. 652/2014 e 2017/826, COM(2018)441 def.

per il mercato unico⁷⁵), il Fondo europeo per lo sviluppo regionale (FESR)⁷⁶, il dispositivo per la ripresa e la resilienza⁷⁷, il programma Erasmus+⁷⁸ e il programma “Corpo europeo di solidarietà”⁷⁹. Nella proposta della Commissione vengono altresì citati gli strumenti di azione esterna dell’UE quali quelli concernenti lo strumento di vicinato, di cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale e lo strumento di assistenza preadesione⁸⁰.

Quella che pare dunque una vera e propria “chiamata alle armi” di tutti gli strumenti esistenti in seno all’Unione attraverso i quali quest’ultima integra le politiche pubbliche nazionali con finalità e strumenti finanziari ad essa afferenti, offre una dimostrazione plastica del fatto che la Commissione europea ha inteso, sin dalla sua proposta, basare il nuovo strumento su criteri di coerenza e complementarietà della politica sanitaria europea rispetto a tutte le altre politiche perseguite a livello sovranazionale. Tale complementarietà è d’altronde espressa chiaramente sin dalle prime norme della nuova disciplina, che istituisce un programma avente un “valore aggiunto” rispetto alle politiche sanitarie nazionali che vengono quindi “solamente” integrate da quella unionale.

Esiste quindi una visione duplice delle modalità attraverso le quali la politica sanitaria dell’Unione, ai sensi della nuova disciplina, dovrà intervenire in futuro, integrandosi sia con gli strumenti e le politiche pubbliche di livello sovranazionale sia con quelle degli Stati membri. Un’altra dimostrazione di tale obiettivo è data dal riferimento al fatto che gli obiettivi di tutela della salute dei cittadini degli Stati membri che si spostano sul territorio dell’Unione dovranno diventare una “nuova” priorità anche per i sistemi sanitari nazionali, rafforzando strumenti che già oggi supportano la comunicazione e interazione tra operatori sanitari dei diversi Stati membri (cfr. ‘considerando’ 33 e 34 in riferimento allo strumento dell’*European Reference Network*, rete di sistemi sanitari nazionali predisposta dalla direttiva sull’assistenza sanitaria transfrontaliera⁸¹). In tal modo l’Unione guarda alle “storiche” libertà fondamentali istituite dal trattato di Roma, che devono continuare ad essere tutelate anche attraverso il perseguimento di obiettivi generali, quali quelli afferenti alla tutela della salute di *tutti* i cittadini dell’Unione (e, aggiungeremmo,

⁷⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale, COM(2020)93 def.

⁷⁶ Regolamento (UE) n. 1301/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale e a disposizioni specifiche concernenti l’obiettivo “Investimenti a favore della crescita e dell’occupazione” e che abroga il regolamento (CE) n. 1080/2006.

⁷⁷ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

⁷⁸ Regolamento (UE) n. 1288/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2013, che istituisce “Erasmus+”: il programma dell’Unione per l’istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport e che abroga le decisioni n. 1719/2006/CE, n. 1720/2006/CE e n. 1298/2008/CE.

⁷⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma “Corpo europeo di solidarietà” e abroga il [regolamento sul corpo europeo di solidarietà] e il regolamento (UE) n. 375/2014, COM(2018)440.

⁸⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all’istituzione di un programma d’azione dell’Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014 (“programma ‘UE per la salute’”) (EU4Health), COM(2020)405 def., cfr. in particolare punto 1.5.3. “*Compatibilità ed eventuali sinergie con altri strumenti pertinenti*”.

⁸¹ Direttiva 2011/24.

di chiunque, dato che la salute è bene primario della persona umana⁸²). Nel perseguire tale finalità, l’Unione, tuttavia, non intende soverchiare (come d’altronde non potrebbe, senza una riforma dei Trattati) le competenze nazionali in *subiecta materia*. In ogni caso, l’Unione non potrà fare a meno, riteniamo, di assumere progressivamente sempre maggiori spazi di intervento attraverso un’attività di monitoraggio sul recepimento a livello nazionale di alcuni aspetti della nuova disciplina unionale.

L’Unione europea sembra quindi avere preso atto della necessità di intervenire attraverso uno strumento facente capo alla competenza assegnatale dall’art. 168, par. 5, TFUE⁸³, quindi in particolare al fine di fare fronte a *grandi flagelli che si propagano oltre frontiera*, nonché al fine di consentire all’Unione stessa l’adozione di *misure concernenti la sorveglianza, l’allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero*⁸⁴. L’Unione stessa deve quindi sovrintendere proprio a quelle minacce per la salute umana che assumano un carattere “transfrontaliero”, per le quali pertanto non potrebbe rivelarsi affatto sufficiente né, tantomeno, efficace l’esercizio di competenze “solo” a livello degli Stati membri. Alla luce di ciò, il regolamento *EUforHealth* assegna alla Commissione europea una consistente attività legislativa “delegata” (cioè prevista espressamente dal regolamento stesso⁸⁵) che autorizza appunto il Collegio ad adattare, ove necessario, il nuovo regolamento attraverso un monitoraggio sull’attuazione di quest’ultimo negli Stati membri⁸⁶, basandosi su una serie di indicatori quali il livello di copertura vaccinale per determinati tipi di virus o il numero di azioni portate avanti al fine di affrontare situazioni ambientali che costituiscano fattori di rischio per la salute umana⁸⁷. Il livello sovranazionale dovrà quindi calibrare i propri interventi misurando l’efficacia degli interventi assunti a livello nazionale e per i quali gli Stati membri continuano a rimanere primariamente responsabili. È da ritenere, tutto ciò, un segno di estrema maturità da parte di quegli stessi governi e forze politiche nazionali fino a ieri restii ad ammettere l’esigenza di affidare all’Unione europea un

⁸² Cfr. *supra* par. 3 e le osservazioni di G. CAGGIANO, *COVID-19*, cit., p. 95 ss. in tema di estensione delle questioni di politica sanitaria unionale a cittadini di Paesi terzi, in particolare richiedenti asilo e protezione internazionale.

⁸³ La norma, nel richiamare la norma sulle competenze concorrenti dell’Unione (art. 4, par. 2, lett. k) TFUE), assegna pari competenza all’Unione stessa per quanto riferito al par. 4 dello stesso art. 168 (“problemi comuni di sicurezza”, ivi elencati: parametri relativi alla qualità di organi e sostanze di origine umana, sangue e emoderivati, misure in ambito veterinario e fitosanitario e quelle sulla sicurezza dei medicinali). A tali tipi di competenze dell’Unione dovranno quindi applicarsi i criteri di *pre emptio* e reversibilità di cui all’art. 2, n. 2, TFUE. Per il resto (art. 168, paragrafi 1-3 TFUE) l’Unione assume competenza di tipo solo “complementare” (cfr. art. 6 TFUE), cfr. G. CAGGIANO, *COVID-19*, cit., p. 81.

⁸⁴ Cfr. proposta della Commissione del 28 maggio 2020, COM(2020)405, v. *supra* nota 80.

⁸⁵ In tema di fonti delegate dell’Unione, intesi quali atti *non legislativi*, ma pur sempre di *portata generale* (v. art. 290 TFUE), cfr. *ex multis* R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 137 e, con uno sguardo al sistema pre-Lisbona impostato dal Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa, G. CAGGIANO, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 515.

⁸⁶ Cfr. articoli 19 e 25 del regolamento EU4Health. Gli “indicatori” ai fini di agevolare la Commissione nell’adozione della legislazione delegata sono elencati nell’allegato II del nuovo regolamento.

⁸⁷ Alla luce del tipo di competenza esercitata dall’Unione, la Commissione potrebbe assumere funzione legislativa anche nei casi in cui una determinata situazione sanitaria a livello nazionale possa assumere carattere particolarmente grave (tale da esporre a rischio la salute e la vita stessa delle persone), sebbene di per sé non a dimensione transfrontaliera e almeno se emerga (come nel caso specifico delle industrie Ilva) la reiterata (e accertata a livello nazionale) negligenza delle autorità pubbliche nazionali.

ruolo anche in tale delicato settore, quantomeno in tutti quei casi in cui la gravità di una crisi sanitaria sia tale da invocare un intervento ispirato a criteri generali quali quelli di complementarietà, coerenza⁸⁸ e solidarietà⁸⁹.

Abstract

The Pandemic Crisis and the New Supremacy of European Health Policy in the Light of the ‘EU4Health’ Regulation

The current pandemic crisis has brought health policy issues to the heart of the national and international public debate. This commentary draws the path through which the European Union is achieving a growing role in the management of this policy, finally tackling the pressing challenge inflicted by the spread of the COVID-19 virus with a new legislative tool apparently unlocking innovative scenarios in this area and in more general terms, too. Besides an illustration of how the EU has handled those matters so far in the light of the treaties and of the Charter of fundamental rights, the paper submits also few remarks on EU ‘external’ competence on health policy issues.

⁸⁸ Si veda, a tal proposito, l’art. 15 del Regolamento EU4Health, che assegna al gruppo direttivo denominato “UE per la salute” (composto da Commissione e Stati membri) il compito di adoperarsi “per garantire coerenza e complementarità fra le politiche sanitarie degli Stati membri, fra il programma e le altre politiche e azioni e gli altri strumenti dell’Unione”.

⁸⁹ Si veda il richiamo a tale criterio ai ‘considerando’ 6, 26 e 41 dello stesso regolamento EU4Health. L’attività di legislazione delegata assegnata alla Commissione dovrà altresì ispirarsi a quel principio precauzionale radicato negli interventi dell’Unione nel settore ambientale ma, evidentemente, estensibile alla valutazione circa gli interventi da adottare nel settore della sanità pubblica.



Note e Commenti

Cristina Evangelhia Papadimitriou*

Lo “squeeze-out” e il fenomeno del *delisting* tra teoria e prassi

SOMMARIO: 1. La definizione di *delisting*: inquadramento giuridico di un'operazione multiforme. – 2. Il quadro normativo in Italia. – 3. Il quadro normativo nel Regno Unito. – 4. La classificazione del *delisting* nel mercato italiano: evidenze empiriche. – 5. *Delisting* e *squeeze-out*: alcune riflessioni conclusive.

1. Il fenomeno del *delisting*¹ rappresenta un momento delicato nella vita di un'impresa: dopo aver sostenuto i costi della quotazione ed aver accettato profondi cambiamenti organizzativi e di governance, l'impresa sceglie, o in alcuni casi subisce, la cancellazione del proprio titolo azionario dal listino di un mercato regolamentato, riducendo la possibilità di acquisire nuove risorse finanziarie sul mercato di capitali.

Questo accadimento, che può essere determinato da una scelta volontaria della società oppure rappresentare la conseguenza del venir meno dei requisiti di quotazione, è influenzato in modo significativo dalle strategie perseguite dall'impresa, anche in ragione del fatto che l'uscita dalla quotazione è legata spesso alla volontà di allentare i vincoli di trasparenza informativa e la rigidità delle regole di governo e di controllo societario imposte ai fini del mantenimento della quotazione.

Pertanto, il *delisting* si presenta come un fenomeno complesso e fortemente differenziato: la cessazione dalla quotazione può infatti essere collegata ad una varietà molto ampia di circostanze e operazioni, ciascuna delle quali presenta dinamiche specifiche e peculiari con riferimento ai soggetti coinvolti, alle motivazioni sottostanti, alle soluzioni tecniche adottate, la cui combinazione comporta effetti differenti sull'economia dell'impresa “delistata” e sui rapporti con gli *stakeholder*.

Il tema del *delisting* si presenta oggi estremamente attuale considerato che, nei periodi caratterizzati da una generale condizione di crisi e di instabilità dei mercati finanziari, il fenomeno in questione registra un più elevato grado di diffusione; tale

* Docente a contratto di Diritto dell'economia digitale dell'Università di Modena-Reggio Emilia.

¹ Per un'analisi del *delisting* in Europa, v. F. VINTEN, S. THOMSEN, *Delisting in Europe and the Cost of Governance*, in *SSRN Journal*, gennaio 2006; J.A. MCCAHEREY, *The economics of the proposed European Takeover Directive*, in G. FERRARINI, K. HOPT, J. WINTER, E. WYMEERSCH (eds.), *Modern Company and Takeover law in Europe*, Oxford, 2004; S.T. BHARAT, A.K. DITTMAR, *Why do firms use private equity to opt out of public markets?*, in *Review of financial studies*, 2010, pp. 1771-1818; H. MEHRAN, S. PERISTIAN, *Financial visibility and the decision to go private*, *ivi*, pp. 519-547; M. GERANIO, G. ZANOTTI, *Equity Market do not Fit all: An Analysis of Public to Private Deals in Continental Europe*, in *European Financial Management*, 2010, pp. 867-895.

circostanza si è già manifestata, in passato, a seguito del venir meno della bolla speculativa del 2000 e si è riproposta con il dilagare della crisi sistemica che si è propagata nei mercati finanziari internazionali a partire dalla seconda metà del 2008.

Tale premessa risulta indispensabile in quanto il termine *delisting* è frequentemente utilizzato per far riferimento alle numerose fattispecie che conducono, direttamente o indirettamente, all'esclusione di una determinata società dalla negoziazione dei propri strumenti finanziari nei mercati regolamentati. Allo stesso tempo, è necessario segnalare che, in altri casi, la prassi finanziaria e la letteratura di riferimento utilizzano differenti espressioni (*going dark*, *going private*, *public-to-private transaction*) per richiamare specifiche operazioni che rientrano nell'ambito del concetto ampio di *delisting*.²

A tale riguardo, anche l'evoluzione e la crescita dell'AIM si riflettono sul generale sistema del mercato finanziario e del *delisting*, trovando specifica evidenza nel contesto della disciplina di rango Europeo. Infatti, in quanto MTF³, l'AIM costituisce – per l'Italia – l'esempio più significativo dell'impatto che la disciplina introdotta dalla Direttiva 2004/30/CE (MIFID I), da ultimo rielaborata dalla direttiva 2014/65/UE (MIFID II), ha avuto sui sistemi di negoziazione: sebbene, infatti, siano presenti in Italia anche altri MTF, l'AIM è quello più importante in termini di volume di negoziazioni e di numero di emittenti. Ciò è confermato dalla circostanza che al 29 febbraio 2020, risultano ammessi alla negoziazione su l'AIM gli strumenti finanziari emessi da 130 società, secondo una progressione crescente che si è verificata a partire dal 2017-2018.

Ciò constatato, il *delisting*, nella sua accezione tecnica, corrisponde alla cancellazione definitiva delle azioni ordinarie di una determinata società dal listino delle contrattazioni pubbliche che si svolgono all'interno di un mercato regolamentato.

In linea generale, l'ammissione e la negoziazione dei titoli di una società in un mercato regolamentato presuppone che l'impresa presenti determinate caratteristiche di affidabilità e ottemperi ad una serie di obblighi specificamente indicati nella normativa interna al mercato stesso.

Diverse sono le motivazioni, di strategia industriale o finanziaria, che possono indurre il gruppo di controllo di una società con azioni quotate in un mercato rego-

² Il *going dark* individua quelle particolari fattispecie, previste nell'ambito di alcuni ordinamenti nazionali, in cui un'impresa emittente può presentare una formale richiesta di cancellazione dal mercato regolamentato, pur mantenendo la possibilità che gli stessi titoli cancellati vengano negoziati nei mercati *Over-The-Counter* (OTC). In tal modo l'impresa si sottrae ai vincoli e agli oneri previsti per le società quotate, ma i suoi titoli continuano ad essere scambiati sul mercato finanziario, anche se in un contesto non regolamentato.

Il *going private transaction* invece fa riferimento alle fattispecie in cui un soggetto, già presente nella compagine societaria ovvero esterno, acquista i titoli azionari di una società quotata in misura tale da azzerare il numero di titoli azionari in circolazione, determinando indirettamente la revoca del titolo dal listino di Borsa per mancanza di flottante. Nell'alveo delle "going private transaction" possono rientrare le OPA aventi ad oggetto l'intero capitale azionario, le operazioni di *leveraged buy-out* e *management buy-out*.

³ Il termine "MTF" sta per "*Multilateral Trading Facility*" o, nelle traduzioni italiane, "Sistema multilaterale di negoziazione". La nozione nasce nel contesto della MIFID I e risulta confermata dalla MIFID II. La definizione nazionale si rinviene nell'art. 1, co. 5-*octies*, lett. a), TUF, ed è rimasta invariata anche dopo il recepimento della MIFID II. Per MTF si intende "un sistema multilaterale gestito da un'impresa di investimento o da un gestore del mercato che consente l'incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti, conformemente alla parte II e alla parte III".

lamentato a procedere all’acquisto della totalità delle partecipazioni di minoranza e al ritiro dei titoli dalla quotazione⁴: sopportazione da parte della società di oneri finanziari e regolamentari legati alla quotazione giudicati eccessivi rispetto ai correlati benefici; asserita incapacità del mercato di comprendere pienamente il valore intrinseco del titolo azionario, con conseguente incremento del costo della raccolta del capitale di rischio, sino all’estremo dell’attribuzione alla società di un valore di mercato inferiore al valore del patrimonio netto della stessa; opportunità di effettuare investimenti nell’interesse di lungo termine della società che richiedono l’utilizzo di ingenti risorse incompatibili con le aspettative di breve termine e di utili trimestrali in crescita da parte del mercato o di alcune categorie di investitori; necessità di procedere a ristrutturazioni societarie o riorganizzazioni societarie o aziendali potendo beneficiare della massima flessibilità operativa e del minor numero di adempimenti a norme di legge e di regolamento.

A motivazioni di politica industriale o finanziaria attinenti alla società può aggiungersi o sostituirsi la volontà del socio di controllo di approfittare di un generalizzato andamento negativo dei mercati azionari o di una temporanea perdita di valore delle azioni della società per acquistare “a sconto” i titoli azionari dell’emittente.

In altre parole, l’azionista di controllo può essere portato a promuovere il *delisting* della controllata in considerazione della prospettiva di poter in futuro approfittare interamente di una più favorevole valorizzazione dell’*equity* della società, quando questa sia in procinto di entrare in un periodo di forte crescita degli utili.

Applicando gli strumenti concettuali dell’analisi economica del diritto, si può affermare che lo strumento del *delisting* consente all’azionista di controllo, quando ottenuto mediante concentrazione della totalità di azioni nelle sue mani, di capitalizzare a proprio favore lo sconto sul valore intrinseco del titolo che il mercato impone come conseguenza dell’aspettativa di una futura appropriazione da parte dell’azionista di controllo di benefici privati, cioè di vantaggi non condivisi proporzionalmente con gli investitori di minoranza.

Il prezzo di tali azioni viene scontato dal mercato in relazione al valore capitalizzato dei benefici privati che ci si attende vengano viceversa estratti in futuro dall’azionista di controllo. L’eliminazione della minoranza attraverso il pagamento di questo prezzo scontato consente all’azionista di controllo di “catturare” il valore corrispondente alla capitalizzazione dei benefici privati futuri.

Il vantaggio di cui i gruppi di controllo dispongono nella scelta dei tempi e delle condizioni migliori per l’acquisto della totalità delle azioni quotate in circolazione si manifesta, in particolare, nei periodi in cui la riduzione dei corsi di borsa è dovuta allo scoppio di bolle speculative o di crisi dei mercati, che per la loro natura finanziaria non incidono sull’economia reale, ovvero sulla capacità delle imprese di continuare a produrre utili.

⁴ Acquisto della totalità delle partecipazioni di minoranza e ritiro dei titoli dalla quotazione sono operazioni da esaminare distintamente benché entrambe siano solitamente necessarie e strumentali alla realizzazione del medesimo disegno strategico. Infatti, mentre l’acquisto della totalità delle partecipazioni di minoranza o di un quantitativo tale da rendere il flottante residuo insufficiente a garantire il regolare andamento delle quotazioni comporta la revoca dalla quotazione, quest’ultima può essere ottenuta anche senza la preventiva eliminazione delle minoranze dalla base azionaria della società.

Il fenomeno del *delisting*, nei periodi in cui si è rivelato nella sua dimensione di pratica di mercato generalizzata volta allo sfruttamento delle temporaneamente avverse condizioni di minoranza, ha sollevato varie critiche⁵.

Il presente lavoro si propone dunque di analizzare il fenomeno in questione, esaminandone il quadro normativo in Italia e nel Regno Unito, con un breve riferimento al *delisting* degli emittenti AIM e, infine, dedicando particolare attenzione al confronto tra *delisting* e diritto di *squeeze-out*.

2. Secondo la normativa nazionale, la revoca di un titolo quotato in un mercato azionario regolamentato può essere disposta da Borsa Italiana quando vengono meno i requisiti necessari per la sua permanenza sul listino ovvero a seguito di una decisione volontaria da parte della società emittente.

Nel primo caso, si parla di *delisting obbligatorio*, poiché la società subisce di fatto un'esclusione forzata delle proprie azioni dai listini da parte del gestore del mercato, mentre, nella seconda fattispecie, si fa riferimento ad una situazione di *delisting volontario*, poiché è la stessa società emittente ad optare, direttamente o indirettamente, per la revoca dei propri titoli dalle contrattazioni⁶.

In Italia, le regole di esclusione dalle negoziazioni sono definite nel Titolo 2.5 del Regolamento di Borsa Italiana S.p.A. In particolare, all'art. 2.5.1. vengono stabilite le modalità di sospensione o revoca dalle quotazioni stabilite dalla società di gestione (cosiddetto *delisting obbligatorio*). In modo specifico, il co. 1 dell'articolo in commento, stabilisce che "Borsa Italiana può disporre: a) la sospensione dalla quotazione di uno strumento finanziario, se la regolarità del mercato dello strumento stesso non è temporaneamente garantita o rischia di non esserlo ovvero se lo richieda la tutela degli investitori; b) la revoca dalla quotazione di uno strumento finanziario, in caso di prolungata carenza di negoziazione ovvero se reputa che, a causa di circostanze particolari, non sia possibile mantenere un mercato normale e regolare per tale strumento".

Dalla lettura di tale disposizione, è possibile individuare due tipi di revoche dal listino: in primo luogo, una cancellazione temporanea (la sospensione) che Borsa Italiana dispone nel caso in cui, per un periodo di tempo limitato, la quotazione di un titolo non garantisca la regolarità del mercato o la tutela degli investitori e, in secondo luogo, una cancellazione definitiva (la revoca) che fa invece riferimento a quelle situazioni in cui non sia più possibile mantenere un mercato normale e regolare per un dato titolo.

⁵ Il diffondersi delle operazioni di *delisting* intorno alla metà degli anni '70 sui mercati americani fu commentato dall'allora Commissario della Securities and Exchange Commission, A.A. Sommers, Jr., con le seguenti parole: "Daily we read of companies which are offering to buy out all, or substantially all, of their shareholders, thus enhancing the control of the controlling shareholders and freeing the corporation of the "burdens" of being publicly-held. In other instances clever and indeed most imaginative devices are used to afford the small shareholders little, if any, choice in the matter. What is happening is, in my estimation, serious, unfair, and sometimes disgraceful, a perversion of the whole process of public financing, and a course that inevitably is going to make the individual shareholder even more hostile to American corporate mores and the securities markets than he already is". A. A. Sommer, Jr. SEC, Law Advisory Council Lecture, Notre Dame Law School (November 1974), in *Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 80, 010, at 84, 695 (20 November 1974)*.

⁶ Il *delisting* di tipo volontario può derivare da una decisione volta alla fuoriuscita dai listini azionari ovvero da operazioni che producano tale effetto.

Lo stesso regolamento elenca una serie di elementi cui Borsa Italiana si riferisce per procedere alla sospensione ovvero alla revoca dei titoli.

Nel caso della cancellazione temporanea, il co. 2 dell'art. 2.5.1 dispone che gli elementi da considerare sono i seguenti: a) diffusione o mancata diffusione di notizie che possono incidere sul regolare andamento del mercato; b) delibera di azzeramento del capitale sociale o di contemporaneo aumento al di sopra del limite legale; c) ammissione dell'emittente a procedure concorsuali; d) scioglimento dell'emittente; e) giudizio negativo della società di revisione, ovvero impossibilità per la società di revisione di esprimere un giudizio, per due esercizi consecutivi.

Invece, ai fini della revoca, il successivo co. 7 elenca le seguenti fattispecie: a) controvalore medio giornaliero delle negoziazioni eseguite nel mercato e numero medio di titoli scambiati, rilevati in un periodo di almeno diciotto mesi; b) frequenza degli scambi registrati nel medesimo periodo; c) grado di diffusione tra il pubblico degli strumenti finanziari in termini di controvalore e di numeri di soggetti detentori; d) ammissione dell'emittente a procedure concorsuali; e) giudizio negativo della società di revisione; ovvero impossibilità per la società di revisione di esprimere un giudizio, per due esercizi consecutivi; f) scioglimento dell'emittente; g) sospensione dalla quotazione per una durata superiore a 18 mesi.

È utile sottolineare che i casi previsti per la sospensione dei titoli hanno carattere di mera provvisorietà e si riferiscono a quelle situazioni in cui, a causa di un andamento anomalo del mercato, gli investitori siano soggetti ad un rischio eccessivo (ad esempio, si pensi ad un periodo di volatilità dei listini). Tale impostazione viene confermata dalla previsione secondo la quale, trascorsi 18 mesi dall'adozione del provvedimento di sospensione, Borsa Italiana dispone la revoca definitiva dei titoli precedentemente sospesi.

In questo senso, se la situazione di pericolo per il normale funzionamento del mercato e per la tutela degli investitori si protrae per un periodo relativamente lungo (oltre i 18 mesi), il gestore del mercato interviene in modo definitivo mediante la cancellazione del titolo dal listino.

Con riferimento agli elementi considerati ai fini della revoca, nei primi due casi previsti dal co. 7 (controvalore medio giornaliero e frequenza degli scambi) si precisa che la sussistenza di tali elementi deve essere rilevata per un periodo di almeno diciotto mesi, presupponendo una situazione consolidata e non provvisoria per l'eliminazione definitiva di un titolo dal listino. In aggiunta a tali situazioni, il Regolamento, oltre alla verifica del grado di diffusione tra il pubblico degli strumenti finanziari, riprende tre elementi già considerati nel caso della sospensione, cioè l'ammissione dell'emittente a procedure concorsuali, il giudizio negativo della società di revisione, lo scioglimento dell'emittente. In queste circostanze, il regolamento sembrerebbe consentire a Borsa Italiana di scegliere, caso per caso, tra l'emanazione di un semplice provvedimento di sospensione ovvero di un provvedimento definitivo di revoca; un importante riferimento per la società di gestione del mercato potrebbe essere individuato nel richiamo al termine dei 18 mesi, che pare suggerire a Borsa Italiana di disporre immediatamente la semplice sospensione delle quotazioni e di emanare il provvedimento di revoca solo in via successiva, dopo aver atteso il termine dei 18 mesi senza che le condizioni di revoca siano state superate o rimosse ovvero a condizione di aver verificato la definitiva impossibilità di eliminare le condizioni di grave impedimento al regolare svolgimento delle quotazioni.

Sempre con riferimento al medesimo art. 2.5.1, particolare attenzione merita il successivo co. 8, in cui si fa riferimento al processo di revoca delle azioni dal mercato nei casi previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 108 del Testo Unico della Finanza denominato "Obbligo di acquisto"⁷. In tali situazioni, qualora l'offerente sia obbligato ad esercitare il diritto di acquisto sui titoli oggetto dell'offerta, questi ultimi "(...) sono revocati dalla quotazione a decorrere dal giorno di borsa aperta successivo all'ultimo giorno di pagamento del corrispettivo, salvo che il soggetto obbligato ai sensi dell'art. 108, co. 1 del Testo Unico della Finanza abbia dichiarato che intende ripristinare il flottante"⁸.

Nella stessa prospettiva si colloca la disposizione prevista nei casi di "diritto di acquisto", di cui all'art. 111 TUF, laddove si stabilisce che "i titoli oggetto degli acquisti ai sensi di legge sono sospesi e/o revocati dalla quotazione tenuto conto dei tempi previsti per l'esercizio del diritto di acquisto".

A tale riguardo, è necessario sottolineare che, nelle fattispecie citate, l'azione di Borsa Italiana appare piuttosto limitata. Infatti, il gestore del mercato deve provvedere al ritiro delle azioni oggetto d'acquisto a seguito di una situazione di fatto che vede l'impossibilità di garantire un mercato regolare nelle ipotesi in cui i titoli siano divenuti eccessivamente sottili.

Dunque, Borsa Italiana non ha la possibilità di decidere in modo autonomo se optare o meno per l'esclusione delle azioni dal listino al verificarsi di determinate situazioni; la sua azione si limita piuttosto ad una mera esecuzione della revoca. Tale impostazione riguarderebbe solo le azioni con diritto di voto, atteso che l'ultima parte della norma in commento prevede la possibilità, da parte del gestore, di poter "disporre la contestuale revoca dalla quotazione della totalità delle azioni prive del diritto di voto ove vi sia stata un'offerta estesa alla totalità delle stesse, tenuto conto del controvalore complessivo del loro flottante residuo".

I casi di revoca dei titoli su richiesta della società emittente (c.d. *delisting volontario*) sono invece regolati dal successivo art. 2.5.6.

La disposizione deve essere analizzata insieme all'art. 133 del TUF, il quale prevede la possibilità di richiedere l'esclusione dalle negoziazioni dei propri titoli previa delibera da parte dell'assemblea straordinaria. Tale circostanza sembra essere limitata solo ai casi di ammissione della società ad un altro mercato regolamentato nazionale o comunitario (*delisting volontario diretto*); tuttavia è ormai prevalente in dottrina la possibilità di richiedere l'esclusione dalla quotazione anche senza il trasferimento in un altro mercato regolamentato italiano o dell'Unione Europea (*delisting puro*).

Sempre nell'ambito della revoca volontaria si colloca l'art. 2437-*quinquies* del codice civile. Tale norma stabilisce il diritto, da parte dei soci di società con azioni quotate in mercati regolamentati, di recedere nel caso in cui non abbiano concorso alla delibera che comporta l'esclusione dalla quotazione (*delisting volontario indiretto*).

⁷ Attraverso questo meccanismo, che consente l'uscita dalla società a causa dell'impossibilità di avere un regolare andamento delle negoziazioni a seguito della riduzione del flottante, si garantisce la trasparenza dell'operazione, evitando la possibilità di porre in essere comportamenti non corretti che possano alterare le condizioni negoziali del mercato e, al tempo stesso, una parità di trattamento anche per i soggetti più deboli ovvero i piccoli risparmiatori coinvolti nell'operazione di acquisto.

⁸ Art. 2.5.1, co. 8, del Regolamento di Borsa Italiana.

Occorre infine precisare che l'assemblea, oltre a disporre espressamente la revoca dei propri titoli dai listini, può anche assumere decisioni che producano indirettamente tale effetto. In quest'ultimo caso, devono essere considerate le ipotesi in cui l'esclusione dalla quotazione derivi da operazioni di fusione o scissione con assegnazione, in concambio, di azioni non quotate in mercati regolamentati ovvero con conversione obbligatoria dei titoli oggetto di tali operazioni, in altri non negoziati all'interno dei circuiti borsistici ufficiali.

3. Nel diritto britannico, il *Companies Act* rappresenta la fonte legislativa primaria in materia di diritto societario e definisce il quadro normativo fondamentale nel quale si inseriscono le altre leggi, i regolamenti e i principi affermati dalla giurisprudenza.

Con particolare riguardo alle società quotate e alla disciplina dei mercati finanziaria, il testo normativo fondamentale è il *Financial Service and Markets Act 2000*, che ha istituito la *Financial Services Authority* (FSA), cioè l'autorità competente in materia di regolamentazione e vigilanza dei mercati finanziari, nonché dei settori bancario ed assicurativo.

Le disposizioni relative alla sospensione e alla revoca delle quotazioni degli strumenti finanziari⁹ (ad esempio, obbligazioni, azioni, derivati) sono contenute nella section 77 (*discontinuance and suspension of listing*) e nella section 78 (*discontinuance or suspension: procedure*).

Più precisamente, le subsection (1) e (2) della section 77 attribuiscono alla FSA i poteri di revoca (*discontinuance*) della quotazione e di sospensione del titolo.

Tale normativa non indica in modo analitico le possibili condizioni di revoca e sospensione, rimandando invece alla normativa regolamentare emanata dalla stessa FSA.

Le norme successive, contenute nella section 78, definiscono le formalità propeedeutiche alla sospensione e alla cessazione della quotazione.

La decisione di sospensione o di revoca può essere: immediatamente esecutiva; ovvero, in alternativa, subordinata al verificarsi di particolari condizioni (in questo caso, l'autorità di vigilanza deve indicare la data in cui la decisione di sospensione o revoca potrebbe avere effetto).

In ogni caso, l'autorità di vigilanza deve comunicare all'emittente, mediante avviso scritto, la decisione di sospendere o revocare la quotazione.

L'avviso trasmesso dalla FSA deve: fornire i dettagli relativi alla revoca/sospensione; indicare la data in cui la revoca/sospensione avrà effetto; indicare le motivazioni addotte dall'autorità di vigilanza a sostegno della decisione assunta; segnalare la possibilità di replicare all'avviso, invitando eventualmente l'emittente a produrre idonea documentazione e altre informazioni entro un termine prefissato (eventualmente prorogabile); informare l'emittente sul suo diritto di rivolgersi al Tribunale, dando indicazione della procedura da seguire. Se la società interessata presenta una replica all'autorità di vigilanza, quest'ultima può, alternativamente, confermare la revoca/sospensione ovvero ritirare il proprio provvedimento.

In entrambi i casi, l'autorità di vigilanza è tenuta a comunicare all'emittente la propria decisione mediante un nuovo avviso scritto; nel caso in cui l'autorità decida

⁹ Più precisamente, le section 77 e 78 del FSMA 2000 fanno riferimento alle c.d. *securities*, che vengono definite, alla subsection 74(5): “Anything which has been, or may be, admitted to the official list”.

in modo avverso rispetto alla richiesta dell'emittente, l'avviso deve contenere i riferimenti per l'eventuale ricorso al Tribunale da parte della società emittente.

Nei casi di sospensione è inoltre prevista, in capo all'emittente, la facoltà di richiedere la revoca della sospensione. Anche in questo caso, l'autorità di vigilanza ha l'obbligo di comunicare la propria decisione, sia essa favorevole o meno all'emittente; nell'ipotesi di rigetto dell'istanza, l'emittente ha diritto di presentare eventuale ricorso presso il Tribunale competente.

Sempre sotto il profilo regolamentare, l'FSA, autorità competente in materia di regolamentazione e vigilanza dei mercati finanziari, declina le disposizioni legislative di carattere generale contenute nel *Financial Services and Markets Act 2000* attraverso l'emanazione delle c.d. *Listing Rules* (LR o Rules)¹⁰.

Le Rules sono state introdotte nella loro attuale struttura nel 2005¹¹ e sono costantemente aggiornate ed integrate da parte della FSA.

Tra le modifiche più recenti e significative, si evidenziano quelle introdotte nel 2007 a seguito del recepimento, nel Regno Unito, della *Markets in Financial Instruments Directive* (nota come "Direttiva MiFID"), nonché quelle del settembre 2009, con le quali è stata introdotta la distinzione tra il regime di quotazione di *standard listing*, oggetto di una regolamentazione minimale, e il regime di *premium listing*, per il quale le Rules prevedono una disciplina maggiormente rigorosa.

È bene ricordare che precedentemente alle modifiche del 2009, i due regimi di quotazione erano denominati *secondary listing* e *primary listing*.

Con riferimento alla struttura delle *Listing Rules*, è utile sottolineare che esse sono formate da principi regolamentari veri e propri (le *rule*), che hanno valenza normativa, e di suggerimenti applicativi (le *guidance*) che, nonostante rappresentino un riferimento fondamentale, non sono strettamente vincolanti.

Le *Listing Rules* contenute nei punti 5.1. – 5.5 disciplinano numerosi aspetti del delisting:

- Le LR 5.1. regolano l'esercizio, da parte della FSA, del potere di sospensione delle quotazioni;
- Le LR 5.2 definiscono le modalità e le condizioni per l'esercizio del potere di revoca della quotazione da parte della stessa autorità di vigilanza;
- Le LR 5.3 disciplinano la presentazione di eventuali domande di sospensione o di revoca da parte degli emittenti;
- Le LR 5.4 dettano le regole per la riammissione alla quotazione dei titoli sospesi o cancellati;
- Le LR 5.4. A, introdotte dalla FSA con delibera n. 54 del 24 settembre 2009, definiscono le procedure necessarie per l'eventuale passaggio di un certo titolo azionario tra i diversi regimi di quotazione: *standard listing*, *premium listing* (per le società di investimento) e *premium listing* (per le società commerciali);

¹⁰ Per il testo delle Rules si rinvia al sito curato dalla FSA (<http://fsahandbook.info/>), in cui è presente una versione ipertestuale costantemente aggiornata della normativa in commento, con evidenza delle varie modifiche intercorse nel tempo.

¹¹ Deliberazione n. 35/2005 del Board della FSA, c.d. Listing Rules Instrument 2005, avente efficacia dal 1° luglio 2005.

- Le LR 5.5. contengono, infine, alcune norme relative ai casi di titoli quotati sia in un listino britannico, sia presso mercati di altri Paesi; nello specifico, le Rules in questione riguardano i casi in cui i titoli di un certo emittente siano fatti oggetto di un provvedimento di sospensione, di revoca o di riammissione in un Paese diverso dal Regno Unito.

La Listing Rule 5.1.1 stabilisce che la FSA può esercitare il potere di sospensione della quotazione di un titolo quando: il regolare funzionamento del mercato sia, o possa essere, temporaneamente pregiudicato; la sospensione della quotazione sia necessaria al fine di tutelare gli investitori.

Nella Guidance successiva è riportata, a titolo meramente esemplificativo, una lista delle circostanze in cui la FSA può esercitare il proprio potere di sospensione¹².

Concentrando poi l’attenzione sui soli titoli azionari, la guidance in questione richiama i seguenti esempi: il mancato rispetto degli obblighi connessi alla quotazione; la mancata pubblicazione delle informazioni economico-finanziarie richieste dalle Rules; l’impossibilità per l’emittente di accertare la propria situazione economico-finanziaria e, di conseguenza, di fornire al mercato adeguata informativa al riguardo; l’inadeguata informativa al mercato concernente una determinata operazione aziendale; la sospensione dei titoli dell’emittente nei mercati regolamentati di altri Paesi (*cross-listed companies*); l’avvio di procedure analoghe all’amministrazione giudiziale (o straordinaria), alla liquidazione, al fallimento.

Nella Listing Rules 5.2 viene esplicitata invece la condizione generale per la revoca della quotazione, ovvero la presenza di “speciali circostanze” che precludono lo svolgimento di scambi normali e regolari dei titoli sul mercato, mentre il procedimento previsto nei casi in cui siano gli stessi emittenti a richiedere la revoca dalla quotazione è regolato dalle Rules da 5.2.5 a 5.2.11 e richiede che la decisione dell’emittente sia presa in sede assembleare con una maggioranza di almeno il 75% degli azionisti. Il procedimento prevede, inoltre, l’esecuzione di una serie di adempimenti pubblicitari preventivi e successivi che variano in base al regime di quotazione del titolo.

Le LR 5.3 indicano il contenuto e la tempistica delle richieste da presentare alla FSA, nonché le modalità con le quali è possibile ritirare le richieste eventualmente presentate.

Con riferimento al contenuto della richiesta, le *Rules* specificano puntualmente i documenti e le informazioni che devono essere obbligatoriamente forniti. In sintesi, tali documenti e informazioni riguardano la descrizione dell’operazione, le sue motivazioni, nonché l’attestazione dell’avvenuto rispetto degli obblighi previsti per quanto concerne la tutela delle minoranze dissenzienti e l’informativa preventiva agli azionisti e al mercato.

¹² “Examples of when the FSA may suspend the listing of securities include (but are not limited to) situations where it appears to the FSA that: (1) the issuer has failed to meet its continuing obligations for listing; or (2) the issuer has failed to publish financial information in accordance with the listing rules; or (3) the issuer is unable to assess accurately its financial position and inform the market accordingly; or (4) there is insufficient information in the market about a proposed transaction; or (5) the issuer’s securities have been suspended elsewhere; or (6) the issuer has appointed administrators or receivers, or is an investment trust and winding up; or (7) for a securitised derivative that relates to a single underlying instrument, the underlying instrument is suspended; or (8) for a securitised derivative that relates to a basket of underlying instruments, one or more underlying instruments of the basket are suspended”.

Riguardo alla tempistica di presentazione delle richieste per la sospensione è previsto che essa avvenga in modo tempestivo (Guidance LR 5.3.4).

Diversamente, per la richiesta di revoca, la FSA si riserva un termine di almeno 24 ore per valutare le istanze pervenute e procedere eventualmente al *delisting*. In particolare, la richiesta deve giungere alla FSA non meno di 24 ore prima del momento in cui si richiede che la revoca abbia efficacia, mentre la documentazione completa deve essere fornita entro le ore quindici del giorno precedente a quello dal quale si intende far decorrere il *delisting*.

La Guidance 5.3.7 disciplina l'eventuale ritiro di una richiesta di sospensione o revoca già trasmessa alla FSA. In questi casi, il procedimento si riassume nelle seguenti fasi:

- Immediato contatto telefonico con la FSA allo scopo di preannunciare il ritiro della richiesta;
- Tempestiva conferma per iscritto del ritiro, contenente le motivazioni della decisione di ritirare la richiesta di revoca o sospensione;
- Emissione di un'apposita comunicazione volta al mercato.

Infine, per quanto riguarda le procedure previste per la riammissione al listino di titoli sospesi, è bene notare che la stessa può avvenire non solo su richiesta dell'emittente i cui titoli siano stati sospesi, ma anche per iniziativa autonoma della FSA. Infatti, l'autorità di vigilanza può riammettere alla quotazione i titoli precedentemente sospesi se ritiene che siano venute meno le ragioni del provvedimento, anche nei casi in cui l'emittente non abbia fatto specifica richiesta di riammissione (LR 5.4.2)¹³.

Invece, se l'emittente presenta una richiesta di riammissione, è previsto un apposito procedimento istruttorio da parte della FSA¹⁴, volto a verificare che siano cessate le condizioni che avevano determinato la sospensione e che può concludersi con la riammissione ovvero con il rifiuto della stessa. L'emittente ha la facoltà di ritirare la propria richiesta di riammissione prima della decisione della FSA, fermo restando che quest'ultima può comunque rimettere il titolo di propria iniziativa (LR 5.4.5).

È interessante sottolineare che, mentre al provvedimento di sospensione di un titolo può fare seguito un provvedimento di riammissione da parte della FSA, nei casi in cui la quotazione sia stata invece revocata e non semplicemente sospesa, la riammissione è possibile solo attraverso il procedimento ordinario di quotazione previsto per i titoli non quotati in precedenza (LR 5.4.1).

In ultimo e al fine di una maggiore completezza espositiva, bisogna ricordare che la legge inglese sui servizi finanziari del 2012 ha determinato una nuova struttura normativa, composta dal Comitato per la politica finanziaria della Banca d'Inghilterra, dalla *Prudential Regulation Authority* e dalla *Financial Conduct Authority*.

In particolare, risulta di estremo rilievo il ruolo ricoperto da quest'ultima autorità. Infatti, la *Financial Conduct Authority* è un organismo di regolamentazione finanziaria nel Regno Unito, ma opera indipendentemente dal governo britannico ed è finanziata addebitando commissioni ai membri del settore dei servizi finanziari. La FCA regola le società finanziarie che forniscono servizi ai consumatori e

¹³ "The FSA may restore the listing of any securities that have been suspended if it considers that the smooth operation of the market is no longer jeopardised or if the suspension is no longer required to protect investors. The FSA may restore the listing even though the issuer does not request it".

¹⁴ Gli aspetti essenziali del procedimento sono delineati nella Guidance 5.4.3.

contribuisce a mantenere l'integrità dei mercati finanziari nel Regno Unito. Nello specifico, si concentra sulla regolamentazione della condotta da parte della società dei servizi finanziari sia al dettaglio che all'ingrosso. Inoltre, la FCA collabora con la *Prudential Regulation Authority* e il *Financial Policy Committee* per definire i requisiti normativi del settore finanziario.

Infine, l'autorità in questione è responsabile della condotta di circa 58.000 aziende che danno lavoro a 2,2 milioni di persone e contribuiscono con circa 65,6 miliardi di sterline di entrate fiscali annuali all'economia del Regno Unito.

Ai fini della presente indagine, è interessante esaminare, seppur brevemente, la *Rule 5* contenuta nell'*handbook* della FCA¹⁵, che riguarda la sospensione dalla quotazione e in cui vengono definite alcune specifiche ipotesi.

Come già previsto dall'antecedente *Linsting Rule 5.1* della FSA, anche secondo l'attuale *Rule 5*, la Financial Conduct Authority può sospendere la messa in vendita di eventuali titoli se il buon funzionamento del mercato è o può essere temporaneamente compromesso. Un emittente che la quotazione di uno qualsiasi dei suoi titoli sospesa deve continuare a rispettare tutte le regole di quotazione ad esso applicabili. Inoltre, se l'AFD sospende la quotazione di uno qualsiasi dei titoli, può imporre alla procedura di revoca della sospensione le condizioni che ritiene più opportune.

La *Rule 5.1* elenca poi una serie di casi in cui la FCA può sospendere la quotazione dei titoli, tali ipotesi includono situazioni in cui all'autorità sembra che:

- 1) l'emittente non abbia adempiuto ai suoi continui obblighi di quotazione;
- 2) l'emittente non abbia pubblicato le informazioni finanziarie secondo le regole di quotazione;
- 3) l'emittente non sia in grado di valutare con precisione la propria posizione finanziaria e di informare di conseguenza il mercato;
- 4) non vi siano informazioni sufficienti sul mercato su una transazione proposta;
- 5) i titoli dell'emittente siano stati sospesi altrove;
- 6) l'emittente abbia nominato amministratori o curatori; o sia un fondo comune di investimento e sia in liquidazione;
- 7) per un derivato cartolarizzato che si riferisce ad un singolo strumento sottostante, lo strumento sottostante sia sospeso;
- 8) per un derivato cartolarizzato che si riferisce a un paniere di strumenti sottostanti, uno o più strumenti sottostanti del paniere siano sospesi;
- 9) per un titolo vario che conferisce il diritto di acquistare o sottoscrivere un altro titolo, il titolo sul quale il titolo vario elencato conferisce il diritto di acquistare o sottoscrivere sia sospeso.

Infine, gli ulteriori aspetti della sospensione, cancellazione, ripristino della quotazione e acquisizioni inverse sono regolati dalle *Rules 5.2 – 5.6*, come di seguito:

- LR 5.2: disciplina l'annullamento dell'elenco;
- LR 5.3: regola la complicata materia delle richieste di annullamento e sospensione;
- LR 5.4: riguarda le condizioni di ripristino dell'elenco;

¹⁵ Reperibile su www.handbook.fca.org.uk.

- LR 5.5: si occupa di varie questioni generali, tra cui della procedura decisionale per la sospensione o cancellazione dei titoli;
- LR 5.6: focalizza l'attenzione sulle acquisizioni inverse.

4. Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di evidenziare il quadro normativo esistente in Italia e nel Regno Unito con riferimento alle operazioni di *delisting*. Dall'analisi effettuata è possibile affermare che tra i due ordinamenti in questioni vi sono numerose differenze.

A tale proposito, è necessario ricordare che il numero e la ricorrenza delle operazioni di *delisting* dipende dal grado di sviluppo dei relativi mercati finanziari.

Infatti, ogni confronto tra le esperienze di Paesi profondamente diversi, come sono il Regno Unito e l'Italia, deve sempre tenere presente le specificità delle rispettive matrici culturali e dei loro effetti sulle dinamiche di fenomeni complessi come il *delisting*. Ciascun paese è caratterizzato da particolari fattori ambientali che influenzano in modo particolare il comportamento degli individui e delle organizzazioni, anche nello svolgimento delle attività economiche.

A tale riguardo, possono distinguersi elementi differenziatori di “primo livello”, che si caratterizzano per un impatto pervasivo sul *macroambiente* (quali la situazione geo-politico-istituzionale, il sistema dei valori socio-culturali, il sistema economico, il tipo di ordinamento giuridico) ed elementi differenziatori di “secondo livello”, il cui impatto è limitato ad uno o pochi sub-sistemi che compongono il *macroambiente* (il tipo di imprese più diffuse, le modalità di raccolta dei capitali di rischio e di concessione dei finanziamenti da parte del sistema creditizio, il grado di ingerenza delle banche nella gestione delle imprese, l'influenza della legislazione fiscale, la forza della professione contabile, altri fattori residuali).

Come noto, il Regno Unito rappresenta, insieme agli Stati Uniti, l'archetipo del modello di capitalismo di tipo anglosassone (*outsider system*) e si caratterizza per la diffusa presenza di imprese a proprietà molto frazionata, per un mercato del controllo societario molto attivo e fondato su mercati regolamentati di notevoli dimensioni con una significativa presenza di intermediari finanziari molto attivi (sistema c.d. *market based*), per un atteggiamento delle istituzioni pubbliche di tendenziale non intervento nell'economia, per la storica presenza di normative antitrust e di disposizioni che rendono incompatibile lo svolgimento di attività creditizia e l'assunzione di partecipazione nelle imprese.

Il sistema economico italiano, invece, è riconducibile al modello di capitalismo renano-nipponico, nonostante se ne discosti per alcune significative peculiarità. Il tessuto imprenditoriale italiano è caratterizzato dalla presenza di un numero molto elevato di piccole e medie imprese, generalmente a controllo familiare. Nelle grandi imprese, scarsamente diffuse, la proprietà è solitamente concentrata nelle mani di un ristretto numero di azionisti (spesso riuniti in un patto di sindacato), che possono esercitare stabilmente il controllo sull'assemblea, che detengono il potere di nominare gli amministratori e che tendono a partecipare attivamente alla gestione. Inoltre, è molto frequente la presenza delle strutture di controllo c.d. *piramidali*, che consentono al soggetto controllante di limitare notevolmente l'entità dell'investimento finanziario necessario per acquisire e mantenere le quote di capitale azionario necessarie al controllo.

Il mercato societario italiano è storicamente poco sviluppato, con una presenza predominante di intermediari finanziari e con l’assenza di investitori istituzionali¹⁶.

Rispetto al contesto renano-nipponico, il ruolo degli intermediari finanziari tende ad essere limitato alla concessione di finanziamenti a titolo di capitale di prestito, mentre è poco diffusa la partecipazione degli intermediari finanziari nel capitale di rischio delle imprese, anche a causa della storica presenza di precise limitazioni normative che sono state parzialmente rimosse solo in epoca recente. Un’ulteriore caratteristica del sistema economico italiano è la storica presenza dello Stato nell’ambito dell’attività economica, mediante il controllo di alcune delle maggiori imprese nazionali.

Quanto appena osservato evidenzia la profonda differenza tra il sistema capitalistico britannico e quello italiano, il quale è destinato ad incidere fortemente sulle caratteristiche dei rispettivi mercati finanziari.

Ciò premesso, è interessante notare come, soprattutto in Italia, il fenomeno del *delisting* sia stato largamente trascurato e poco trattato dagli studi economico-giuridici.

Infatti, nell’indagare più in profondità il fenomeno del *delisting* societario nei suoi aspetti economico-sostanziali, sono emerse la superficialità e l’infondatezza teorica degli approcci di osservazione e di analisi che pretendono di poterlo considerare come un fenomeno unitario. I vari casi di *delisting* sono caratterizzati da una molteplicità di variabili, spesso fra loro correlate, che rendono imprescindibile la considerazione del contesto economico aziendale nel quale si inserisce la decisione di procedere all’abbandono della quotazione.

In questa prospettiva, nell’intento di definire ambiti di osservazione adeguatamente circoscritti e omogenei, sono stati considerati alcuni dei principali profili che connotano i *delisting* societari. In modo particolare, dopo aver tenuto conto degli aspetti fondamentali collegati alla forma tecnica del *delisting*, nonché dei relativi profili di classificazione *giuridico-formali*, sono stati individuati alcuni aspetti di natura economico-sostanziale che si ritiene contraddistinguano in modo significativo le varie operazioni e i relativi contesti di riferimento.

Per quanto riguarda i profili di classificazione giuridico-formali, il punto di partenza è rappresentato dalla fondamentale distinzione tra “*delisting* volontari” e “*delisting* involontari”; entrambe le categorie vengono poi classificate in ulteriori livelli, sempre attinenti alla sfera giuridico-formale.

Concentrando l’attenzione sui *delisting* volontari, si è riscontrata l’opportunità di definire ulteriori profili di classificazione, capaci di cogliere gli aspetti economico-sostanziali dei *delisting*. A tal fine sono state identificate tre fondamentali direttrici di classificazione concernenti: 1) il soggetto dal quale deriva la volontà di procedere al *delisting* (classificazione per *soggetto*); 2) il contesto strategico nel quale si colloca il *delisting* (classificazione per *finalità*); 3) le condizioni di funzionamento dell’impresa delistata (classificazione per *oggetto*).

Tali direttrici hanno consentito di definire otto ambiti omogenei di osservazione identificati in sintesi con le seguenti denominazioni:

1. *Delisting* che precede una cessione o, più brevemente, *delisting pre-cessione* (in condizioni di equilibrio economico-finanziario);

¹⁶ Per tale ragione, si parla anche di sistema *credit based*, contrapposto ai sistemi di *market based*.

2. *Delisting da valorizzazione di potenzialità nascoste* (in condizioni di equilibrio economico-finanziario);
3. *Delisting da rafforzamento del controllo* (in condizioni di equilibrio economico-finanziario);
4. *Delisting da acquisizione del controllo* (in condizioni di equilibrio economico-finanziario);
5. *Delisting pre-cessione* (in condizioni di crisi o di grave difficoltà);
6. *Delisting da valorizzazione di potenzialità nascoste* (in condizioni di crisi o di grave difficoltà);
7. *Delisting da rafforzamento del controllo* (in condizioni di crisi o di grave difficoltà);
8. *Delisting da acquisizione del controllo* (in condizioni di crisi o di grave difficoltà).

Il presente paragrafo si pone un duplice obiettivo: da un lato, si vuole svolgere un'analisi sistematica e pratica dei casi di *delisting* avvenuti nel mercato azionario gestito da Borsa Italiana nel quinquennio 2004-2008¹⁷, facendo frequentemente riferimento a dati statistici e informazioni aggiuntive; dall'altro lato, si propone di verificare la validità e l'utilità dei profili di classificazione proposti, mettendone in evidenza le potenzialità e le eventuali limitazioni.

Nel paragrafo seguente, invece, verrà proposta un'analisi dei legami tra il *delisting* e i casi di *squeeze-out*, ricordando che i due fenomeni sono tra loro strettamente connessi.

Con riferimento ai *delisting* volontari ed alla relativa motivazione tecnica, è utile sottolineare l'assenza dei casi di esclusioni dal mercato regolamentato su richiesta di parte *ex art.* 133 TUF; infatti, tutti i casi di *delisting* volontario verificatisi nel periodo esaminato sono derivati da operazioni di fusione ovvero all'esito di offerte pubbliche di acquisto.

In altri termini, nel quinquennio osservato, non si sono verificati casi in cui una società quotata italiana abbia trasferito la quotazione dei propri titoli dal mercato domestico ad altro listino regolamentato, richiedendo l'esclusione a Borsa Italiana.

L'assenza di casi concreti di esclusione su richiesta sembrerebbe inoltre dimostrare una certa diffidenza del mercato ad accettare l'interpretazione estensiva dell'art. 133 TUF per la quale, considerato l'art. 2437-*quinquies* c.c., l'esclusione su richiesta sarebbe possibile anche in assenza della condizione di preventiva quotazione su altri mercati regolamentati italiani o europei, a condizione di lasciare alle minoranze dissenzienti il diritto di recedere dalla società¹⁸.

Concentrando l'attenzione sui 55 casi di *delisting* classificati come volontari, un affinamento della precedente classificazione si ottiene considerando il contesto

¹⁷ Per un aggiornamento dei casi pratici di *delisting*, si veda: F. PICCO, V. PONZIANI, G. TROVATORE, M. VENTORUZZO, *Le OPA in Italia tra il 2007 e il 2019. Evidenze empiriche e spunti di discussione*, Discussion Paper, gennaio 2021.

¹⁸ Sembra ragionevole interpretare le evidenze empiriche che in questa sede si è ritenuto di trattare come una dimostrazione della preferenza, accordata dalla prassi, nei confronti di quelle modalità tecniche (fusioni societarie e, soprattutto, offerte pubbliche di acquisto) che, rispetto al procedimento *ex art.* 133 TUF, permettono di raggiungere l'obiettivo del *delisting* con minori rischi di possibili contenzioni con gli azionisti di minoranza nel periodo successivo alla cessazione delle quotazioni.

normativo in cui si trova ad operare l'impresa¹⁹ oggetto di *delisting* nel periodo successivo alla revoca della quotazione, distinguendo tra i *delisting* impropri (*public-to-public*), nei quali il soggetto giuridico dell'impresa, dopo l'operazione di cancellazione, risulta in ogni caso un'altra società quotata, e i *delisting* propriamente detti (*public-to-private*), in cui il soggetto giuridico dell'impresa, dopo il *delisting*, è una società non quotata. Nell'ambito di questa seconda categoria, inoltre, si distingue ulteriormente tra i casi in cui tutti i soggetti che controllano l'impresa dopo il *delisting* (direttamente o indirettamente) sono estranei al contesto normativo delle società quotate (*delisting propri puri*), e i casi in cui l'impresa delistata, pur se non quotata, appartiene ad un più ampio gruppo quotato (*delisting propri ibridi*).

Analizzando la distribuzione del numero di *delisting* volontari propriamente detti (*public-to-private*), si osserva che dei 35 casi complessivamente avvenuti nel quinquennio, 15 casi sono concentrati nell'anno 2008.

Nonostante il numero di osservazioni non consenta di trarre conclusioni generali, pare in linea con le principali evidenze riscontrate negli studi sull'argomento, ritenere che tali operazioni siano state incentivate anche dalla considerevole riduzione dei prezzi di quotazione che ha contraddistinto l'anno 2008.

Si osserva che l'anno 2007 suddivide il quinquennio 2004-2008 in due intervalli caratterizzati da un opposto andamento generale delle quotazioni; l'indice cresce fino alla prima metà del 2007, invertendo quindi il proprio andamento fino all'emergere della nota crisi dei mercati finanziari, che esprime la sua massima intensità durante il 2008.

A tale proposito, è facile intuire una correlazione tra il più elevato numero di casi di *delisting* volontari, registrato nel 2008, e l'andamento negativo delle quotazioni.

Spostando l'attenzione sui *delisting* impropri (*public-to-public*), nel biennio 2006-007 si concentrano 16 dei 20 casi avvenuti complessivamente nel quinquennio di riferimento; in effetti, nel 2006 e nel 2007 la presenza di casi di *delisting* improprio è talmente rilevante da far invertire la proporzione rispetto ai casi di *delisting* propriamente detti. Al fine di spiegare tale tendenza, è utile ricordare che il periodo 2006-2007 è stato caratterizzato da un grande numero di M&A, soprattutto nel settore bancario. Infatti, considerando i settori di appartenenza delle società oggetto di *delisting* improprio (*public-to-public*), è possibile notare che 8 dei 16 casi avvenuti nel 2006-2007 si riferiscono ad operazioni di concentrazione nell'ambito del settore bancario²⁰, al quale appartiene una parte significativa delle società quotate nel listino domestico (circa il 25% del numero totale di società quotate).

Alcuni esempi possono aiutare a comprendere meglio i risvolti concreti della classificazione in oggetto.

Tra i casi di *delisting* puri, cioè quelli in cui la società viene totalmente sottratta ai vincoli previsti per le società quotate e per le controllate quotate, si segnalano i casi Valentino Fashion Group (delistata nel 2007 attraverso un'offerta pubblica di acquisto volontaria totalitaria promossa da una società veicolo facente capo ad un fondo di investimento), Saeco International Group (anch'essa delistata con le stesse

¹⁹ È utile sottolineare che l'utilizzo del termine impresa, anziché del termine società, si riallaccia all'essenziale differenza concettuale tra la sostanza economica e la forma giuridica di un'impresa.

²⁰ Banca Lombardia e Piemontese, Banca Popolare Italiana, Banca Popolare Verona e Novara, Bipielle Investimenti, Capitalia, Fineco, Reti Bancarie Holding, San Paolo Imi.

modalità nel 2004) e Marazzi (società a stretto controllo familiare quotata nel 2006 e delistata mediante un'offerta pubblica di acquisto volontaria totalitaria nel 2008).

Tra i casi di *delisting* propri ibridi (ossia i casi nei quali la società dopo il *delisting* rimane controllata da un gruppo quotato) vale la pena citare, per le loro particolari dimensioni economiche, i casi Banca Nazionale del Lavoro (delistata nel 2006 a seguito di offerta pubblica di acquisto residuale promossa dalla banca quotata francese BNP Paribas) e Banca Popolare Antoniana Veneta (delistata nel 2006 all'esito dell'offerta pubblica di acquisto successiva promossa da ABM Amro Bank, gruppo bancario olandese quotato su veri listini borsistici mondiali, tra i quali anche l'Italia). È interessante segnalare, inoltre, come esempi di strategie di *delisting* interne a gruppi multinazionali, i casi Ericsson, appartenente all'omonimo gruppo svedese, delistata nel 2005 mediante un'offerta pubblica di acquisto residuale promossa da una società veicolo facente capo alla controllante quotata in Svezia, e Smurfit Sisa, controllata dalla multinazionale Smurfit Kappa Group (quotata a Londra), delistata nel 2008.

Tra i *delisting* impropri, ossia i casi in cui il soggetto giuridico dell'impresa delistata continua ad essere una società quotata, considerando le società a maggiore capitalizzazione, sono degni di particolare attenzione i casi San Paolo IMI, incorporata da Banca Intesa nel 2007, e Capitalia, incorporata nello stesso anno da parte di Unicredit. Giova precisare che, in base alla definizione formulata, tra i *delisting* volontari impropri sono inclusi anche quei casi peculiari in cui, per differenti motivazioni, una società quotata viene delistata a seguito di fusione per incorporazione in una società non quotata, la quale viene ammessa alle quotazioni senza alcuna soluzione di continuità nelle negoziazioni. Nel periodo esaminato, le operazioni di questo tipo hanno interessato quattro società (Lottomatica nel 2005, Sirti²¹, Gruppo Coin nel 2006, Maffei nel 2008).

In quest'ottica, è possibile menzionare anche il *delisting* di Novuspharma, verificatosi nel 2004, in cui l'incorporante Cell Therapeutics Inc., società statunitense già quotata nel listino Nasdaq, ha quotato i propri titoli anche in Italia contestualmente al *delisting*. Infine, merita un cenno il contemporaneo *delisting*, nel 2007, di Banca Popolare Italiana e Banca Popolare Verona e Novara, dalla cui fusione per unione si è costituita la società Banco Popolare, ammessa alle quotazioni con decorrenza dalla data di efficacia della fusione.

Sempre con riferimento ai *delisting* volontari impropri, è interessante segnalare la perfetta coincidenza tra la classe dei *delisting* volontari impropri e la classe dei *delisting* aventi come motivazione tecnica una fusione.

Tale evidenza si può spiegare per due ragioni concomitanti: 1) la fusione di una società quotata in una società non quotata incontra chiari ostacoli di carattere giuridico ed è difficilmente configurabile; 2) il *delisting* conseguente all'esito di un'offerta pubblica di acquisto non può essere *delisting* improprio.

Le limitazioni connesse alla matrice formale della classificazione oggetto del presente esame sono maggiormente evidenti se si considerano le situazioni in cui il soggetto che promuove il *delisting* ha a disposizione sia la possibilità di procedere ad una fusione (a condizione di disporre della maggioranza necessaria per deliberarla), sia di presentare un'offerta pubblica di acquisto sulle azioni residue. La

²¹ È interessante evidenziare che Sirti, nel periodo osservato, è oggetto di due *delisting* successivi; al *delisting* improprio, avvenuto nel 2006, ha fatto seguito una vera operazione *public-to-private* nel 2008.

diversa classificazione del *delisting* proprio o improprio può dipendere solo da una scelta discrezionale dell’azionista di riferimento.

A titolo esemplificativo, pare opportuno citare il caso del *delisting* Maffei S.p.A. avvenuto nel 2008. Nel periodo immediatamente precedente al *delisting*, l’azionista di controllo (Gruppo Minerali S.p.A.), dopo aver acquistato il pacchetto di maggioranza della società dal precedente azionista di riferimento ed aver espletato l’obbligo di offerta pubblica di acquisto totalitaria, possedeva oltre l’80% del capitale votante ed era nelle condizioni sia di acquisire sul mercato la quota restante del capitale, lanciando un’ulteriore offerta pubblica di acquisto, sia di deliberare una fusione. Nel caso di specie, ha ritenuto preferibile deliberare una fusione per incorporazione della Maffei S.p.A. nella controllante, procedendo alla contestuale ammissione alla quotazione dei titoli azionari dell’incorporante con la nuova denominazione di Gruppo Minerali Maffei S.p.A., probabilmente anche al fine di evitare rischi di contenzioso derivanti dall’incorporazione di una società quotata in una non quotata.

Alla luce di quanto appena affermato e considerate le specificità del mercato azionario italiano, si è ritenuto opportuno confrontare l’assetto di controllo di ciascuna società alla data del *delisting* con quello esistente due anni prima dell’operazione in esame²².

A tale proposito, è interessante evidenziare la netta prevalenza (64%) di casi in cui il *delisting* ha fatto seguito ad una modificazione del soggetto economico, ossia ad un avvicendamento dell’azionista di riferimento nel periodo precedente al *delisting*.

Tale evidenza può trovare spiegazione nella rilevanza strategica della decisione di procedere al *delisting*: infatti, un ripensamento tanto significativo delle strategie aziendali appare più probabile nei casi di avvicendamento del soggetto economico, atteso che normalmente un nuovo soggetto di comando tende a modificare in modo più incisivo le strategie aziendali allo scopo informarle alle proprie valutazioni e motivazioni.

Inoltre, si osserva che nell’esercizio 2005 la ripartizione addirittura si inverte, con la netta prevalenza (71%) dei casi di *delisting* effettuati in continuità di soggetto economico. Ciò rappresenta un ulteriore segnale della molteplicità di variabili che incidono sulla scelta di abbandonare la quotazione.

Con riferimento, invece, ai 34 casi di *delisting* propri, nei quali si assiste all’effettiva uscita della società dal contesto normativo delle società quotate, è importante concentrare l’attenzione soprattutto sui casi in cui si perviene alla revoca in continuità di soggetto economico. Infatti, l’assenza di una modificazione del soggetto economico assicura che al centro del processo decisionale che conduce al *delisting* vi sia lo stesso soggetto che, in precedenza, valutava positivamente il mantenimento della quotazione²³.

²² La fonte di informazione usata per osservare gli assetti di controllo sono i dati pubblicati dalla Consob con cadenza semestrale, con riferimento al 31 dicembre e al 30 giugno di ogni anno. Inoltre, per ciascun *delisting* è stata scelta la data che meglio approssima il termine di due anni.

²³ In altre parole, in queste ipotesi, il confronto tra i costi e i benefici della quotazione non è influenzato dall’ingresso di un nuovo soggetto economico, che solitamente porta con sé prospettive assolutamente nuove.

Nello specifico, la metà di questi 12 casi in commento²⁴ si riferisce a società controllate da un imprenditore o da una famiglia di riferimento, con una quota stabilmente al di sopra della soglia di maggioranza assoluta. In tutti questi casi, il *delisting* è di tipo puro: dopo la revoca delle quotazioni, la società non risulta più inserita nell'ambito di alcun gruppo quotato e viene sottratta ai vincoli di governance e di trasparenza informativa imposti per le società quotate o per le loro controllate. In due casi su sei il *delisting* rientra in una strategia di successiva cessione dell'intera società delistata ovvero di un suo ramo aziendale molto rilevante, mentre negli altri quattro casi non vi è cessione, ma solo operazioni di ristrutturazione societaria interne al più ampio gruppo controllato dallo stesso soggetto economico.

È interessante sottolineare che, tra i *delisting* in commento, sono presenti due casi di revoca successiva ad un periodo di quotazione molto breve (Promac e Marazzi, delistate rispettivamente dopo circa 8 e 30 mesi dalla quotazione iniziale), di particolare interesse in quanto esempi di come uno stesso soggetto economico possa modificare radicalmente la propria strategia di quotazione in un orizzonte temporale molto ridotto, modificando la propria valutazione sull'opportunità di aprire al mercato il capitale di rischio della propria azienda.

I restanti sei casi *public-to-private* in continuità di soggetto economico corrispondono a società controllate stabilmente da un gruppo quotato di riferimento²⁵. Dopo il *delisting*, l'appartenenza ad un gruppo quotato determina la permanenza dei vincoli e degli obblighi previsti per le società controllate di quotate e tali *delisting* sono dunque classificati come ibridi. In definitiva, in nessuno dei casi in parola si assiste a cessioni integrali o parziali della società delistata nel periodo successivo alla revoca della quotazione.

Il secondo profilo di classificazione dei *delisting* volontari tiene conto della complessiva strategia nella quale si inserisce il *delisting* azionario. In particolare, sono state definite due classi principali:

- I *delisting* che rientrano in strategie ispirate a finalità di crescita, aventi un orizzonte temporale medio-lungo;
- I *delisting* che si inseriscono nell'ambito di strategie ispirate a finalità speculative, contraddistinte da un orizzonte temporale breve o medio.
- Allo scopo di collocare i vari casi esaminati nell'una o nell'altra categoria, sono stati considerati i seguenti elementi:
- Gli eventi riguardanti le società delistate nei 24 mesi successivi alla decorrenza del *delisting*, con particolare riferimento alla realizzazione di cessioni concernenti compendi aziendali di rilevanti dimensioni rispetto alla società delistata considerata nel suo complesso;
- Le caratteristiche dei soggetti che hanno promosso il *delisting*.

Con riferimento al primo criterio menzionato, il termine di 24 mesi è stato ritenuto sufficiente ad escludere una diretta relazione tra la decisione di revocare la quotazione e quella di procedere ad eventuali cessioni. Le finalità strategiche dichiarate

²⁴ Si tratta di Acqua Pia Antica Marcia, Cremonini, Manuli Rubber Industries, Marazzi Group, Navigazione Montanari, Procomac.

²⁵ Le società in questione sono: Banca Fideuram, Ericsson, Immobiliare Lombarda, Locat, Roland Europe, Smurfit Sisa.

dai promotori del *delisting* hanno rappresentato un utile riferimento per interpretare e comprendere gli eventi più significativi.

Per quanto riguarda la verifica delle caratteristiche dei soggetti promotori, i *delisting* condotti da fondi di investimento sono stati inclusi nella categoria dei *delisting* nell’ambito di strategie speculative, a prescindere dall’effettivo riscontro di una cessione della società nell’arco temporale di 24 mesi.

Alla luce di quanto appena sottolineato, è possibile evidenziare la netta prevalenza dei *delisting* inseriti nel contesto di strategie di crescita (85%), rispetto a quelli orientati da finalità speculative (15%). In modo particolare, si nota una ripartizione abbastanza stabile nel triennio 2006-2008, nonostante nel 2006 e nel 2008 si sia registrato un andamento opposto del mercato azionario²⁶.

La terza linea di classificazione, che si basa sulle condizioni di funzionamento dell’impresa delistata, tiene conto della presenza di eventuali condizioni di crisi o di grave difficoltà aziendale tali da pregiudicare l’economicità aziendale e da richiedere l’adozione tempestiva di provvedimenti idonei ad evitare il venir meno della continuità aziendale, con la conseguente revoca forzata della quotazione. A tale proposito, è utile soffermare l’attenzione sulla ridotta numerosità dei casi di *delisting* volontario caratterizzati dalla presenza di condizioni di crisi o di grave difficoltà aziendale. Nel periodo esaminato, i casi di questo tipo sono stati complessivamente quattro, tutti riconducibili alla categoria dei *delisting* volontari propri, in particolare due di tipo ibrido²⁷ e due puri²⁸.

Allo stesso modo, è utile porre in evidenza la notevole ampiezza della categoria dei casi di *delisting* che si verificano in assenza di condizioni di crisi o di gravi difficoltà, che raggruppa al proprio interno imprese aventi condizioni di funzionamento particolarmente diversificate.

In definitiva, numerosi e autorevoli studi internazionali volti alla ricerca delle motivazioni sottostanti alle operazioni di *delisting* societario riscontrano l’esistenza di una significativa relazione inversa tra gli abbandoni del listino e l’andamento dei corsi azionari, a supporto dell’ipotesi che il *delisting* sia più frequente al ridursi dei prezzi di quotazione.

È bene ricordare che la scarsa consistenza numerica dei *delisting* che si verificano nel mercato italiano rappresenta un importante limite all’utilizzo di modelli di analisi quantitativa dei dati e impone la massima cautela nell’interpretazione dei risultati ottenibile attraverso questo tipo di approcci di studio.

Tuttavia e in conclusione del presente paragrafo, due principali considerazioni rendono interessante un breve approfondimento delle relazioni tra il *delisting* e l’andamento delle quotazioni con riferimento al mercato italiano. In primo luogo, gli studi in materia prendono in considerazione solamente le evidenze di mercati finanziari più sviluppato e strutturalmente molto diversi rispetto a quello italiano, come il mercato statunitense e il mercato britannico. In secondo luogo, le ricerche effettuate si concentrano esclusivamente su particolari categorie di *delisting*, essenzialmente le c.d. operazioni *going to private* condotte mediante *leveraged buyout*, mentre omet-

²⁶ Per la raccolta delle informazioni necessarie alle classificazioni esaminate si è tenuto conto delle notizie pubblicate dall’Agenzia Radiocor Sole 24 Ore, dei dati reperibili sul web, principalmente sui siti istituzionali delle società delistate e delle loro eventuali società controllanti.

²⁷ Immobiliare Lombarda e Partecipazioni italiane.

²⁸ Acqua Pia Antica Marcia e Garboli.

tono di analizzare le relazioni che collegano all'andamento delle quotazioni le altre tipologie di *delisting*, come ad esempio i *delisting* involontari o quelli impropri. In effetti, per queste categorie di operazioni è lecito attendersi relazioni di tipo diverso in base all'andamento delle quotazioni, atteso che ognuna di esse presenta caratteristiche peculiari ed è accomunata alle c.d. *going private transaction* solo dall'aspetto meramente formale della cessazione delle quotazioni.

5. Come si è già avuto modo di evidenziare nei capitoli precedenti, nell'ambito delle offerte pubbliche di acquisto, quando l'offerente viene a detenere una partecipazione pari almeno al 95% del capitale rappresentato da titoli di una società italiana quotata, ha diritto di acquistare i titoli residui entro tre mesi dalla scadenza del termine per l'accettazione dell'offerta, se ha dichiarato nel relativo documento l'intenzione di avvalersi di tale diritto.

In altri termini, qualora l'offerente ottenga la quasi totalità delle azioni, potrebbe trovare conveniente ottenere un controllo totalitario, procedendo alla "liquidazione" delle minoranze residue. A tale scopo, il socio quasi totalitario può attivare l'istituto del "diritto di acquisto", oggetto della presente analisi e in base al quale esercitare il diritto di acquistare forzosamente le azioni di proprietà dei soci rimanenti ad un prezzo equo.

Il "diritto di acquisto" svolge varie funzioni a vantaggio dell'offerente che abbia ottenuto la quasi totalità del capitale²⁹.

In primo luogo, lo *squeeze-out* permette di eliminare i costi legati ad una minoranza azionaria divenuta "infima", tale situazione potrebbe infatti dare vita ad atteggiamenti di opportunismo e di abuso. La presenza di una minoranza particolarmente ridotta annulla i benefici connessi all'apporto di capitale di rischio degli azionisti residui, rendendo insostenibili i relativi costi³⁰. Gli oneri legati alla presenza delle minoranze assumono, infatti, differenti configurazioni: essi si presentano come costi da cui derivano veri e propri esborsi monetari, ma assumono anche la forma di costi figurativi, che operano come limitazioni al libero operato dell'azionista quasi totalitario ovvero come rischi potenziali per il soggetto economico.

In secondo luogo, l'istituto del "diritto di acquisto" favorisce la tutela dell'interesse generale ad avere assetti proprietari efficienti e a garantire il regolare funzionamento del mercato, salvaguardando soprattutto la liquidità dell'investimento azionario e la significatività dei prezzi di mercato. Infine, l'istituto in questione dovrebbe essere strumentale alla piena realizzazione dei benefici del *takeover* da parte dell'azionista che abbia ottenuto il controllo mediante un'offerta pubblica totalitaria, permettendogli di estromettere la minoranza residua ed evitare ostacoli nelle decisioni volte a far emergere i *synergy gains* dell'aggregazione.

Guardando alla realizzazione dei benefici del *takeover* da parte dell'azionista quasi totalitario, è necessario sottolineare che i vantaggi sinergici derivanti dall'ottenimento del controllo scaturiscono, nell'ipotesi di acquisizioni "efficienti", dalla maggiore capacità imprenditoriale del nuovo soggetto economico ovvero dall'integrazione del business acquisito nell'economia del gruppo acquirente, senza che alla

²⁹ A tale riguardo, si veda S. GROSSMAN, O. HART, *Take-over bids, the free rider problem and the theory of the corporation*, in *Bell Journal of Economics*, 1980.

³⁰ G.K. YARROW, *Shareholder Protection, Compulsory Acquisition and the Efficiency of the Takeover Process*, in *The Journal of Industrial Economics*, 1985; M. VENTORUZZO, *Freeze-outs: Comparative Analysis and Transcontinental Reform Proposal*, in *Virginia Journal of International Law*, 2010.

loro generazione abbiano contribuito gli azionisti di minoranza. Pertanto, l'estromissione forzata delle minoranze azionarie risponde all'ulteriore finalità di limitare e scoraggiare forme di *free-riding* da parte degli azionisti residui, garantendo al nuovo controllante di godere in esclusiva dei benefici di acquisizione che eccedono quelli già riconosciuti e pagati ai vecchi azionisti in occasione dell'OPA mediante l'inclusione nel corrispettivo dell'offerta del c.d. premio di controllo³¹.

Si deve ancora porre in evidenza che una ulteriore e rilevante finalità, da più parti riconosciuta nella letteratura internazionale al diritto di acquisto, è rappresentata dall'attitudine dell'istituto ad assicurare una “via d'uscita” volontaria dal mercato regolamentato alla società emittente detenuta da un azionista quasi totalitario. Senza la previsione di questo istituto, la decisione di quotazione dei titoli sul mercato finanziario rischierebbe di divenire una “strada senza ritorno”³².

Se in teoria è possibile attribuire al “diritto di acquisto” una funzione di uscita volontaria dal mercato finanziario, nel sistema italiano tale finalizzazione dell'istituto in questione sembra essere difficilmente sostenibile³³.

Su un piano diverso, quello del *delisting* d'ufficio (o involontario), si pone l'ipotesi prevista dal Regolamento di Borsa Italiana, secondo il quale la revoca automatica dalla quotazione deriva dalla realizzazione di un'OPA residuale ovvero dalla dichiarazione dell'offerente di voler esercitare il diritto di acquisto resa al momento del lancio di un'OPA totalitaria sulle azioni con diritto di voto. In realtà, lo stesso obiettivo può essere realizzato mediante l'OPA residuale, come dimostrano i casi in cui, al momento dell'esercizio del diritto di acquisto, il titolo è stato già delistato dal mercato.

Peraltro, il meccanismo sopra delineato tutela gli azionisti di minoranza poiché consente loro di abbandonare la compagine societaria, rinunciando allo *status* di soci, in un momento antecedente all'uscita della società dalla quotazione:

- Nel caso di *delisting* d'ufficio, mediante l'adesione all'OPA residuale o totalitaria, prima del verificarsi dei presupposti per l'estromissione forzata mediante il diritto di acquisto, ovvero esercitando la richiesta di obbligo ai sensi dell'art. 108 Tuf;
- Nel caso di *delisting* volontario, mediante l'esercizio del diritto di recesso *ex art. 2437-quinquies c.c.*

Sotto il profilo dell'operatività dello *squeeze-out*, il diritto di acquisto sorge al raggiungimento di una soglia rilevante a seguito di un'OPA, volontaria o obbligatoria, rivolta alla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato; inoltre, secondo l'art. 50-*quinquies*, co. 5, lett. c), del Regolamento Emittenti, il diritto di acquisto sorge al raggiungimento della soglia rilevante a seguito dell'esercizio del diritto di *sell-out*, anche questo evidenziato nel corso del presente lavoro in relazione all'art. 111 TUF.

³¹ In realtà, tale possibilità stimola ricambi efficienti del controllo e favorisce la contendibilità e il rinnovo degli assetti proprietari.

³² L'espressione è stata utilizzata dall'allora Direttore generale del Ministero del tesoro, Prof. Mario Draghi, in data 21 gennaio 1998, in occasione dell'audizione alla VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati con riferimento all'indagine conoscitiva sull'evoluzione del mercato mobiliare italiano.

³³ Infatti, la decisione della società di uscire dalla quotazione *ex art. 133 TUF*, presa con delibera dell'assemblea straordinaria, non dipende dal maturare dei requisiti di esercizio del diritto di acquisto.

Tra le opzioni concesse dalla direttiva OPA con riferimento alla fissazione della soglia di *squeeze-out*, cioè una soglia rigida legata alla partecipazione detenuta a seguito dell'OPA a prescindere dalle adesioni all'offerta, oppure una soglia variabile dipendente dal numero di adesioni all'OPA, il TUF ha scelto l'opzione della soglia rigida, indipendente dal numero di adesioni all'OPA, fissandola inizialmente al superamento del 98% delle azioni con diritto di voto e, successivamente, a seguito del d.lgs. 229/2007, al 95% del "capitale rappresentato da titoli".

In modo particolare, il legislatore ha fissato la soglia rilevante per il diritto di acquisto in corrispondenza della soglia indicata dall'art. 108 del TUF che fa sorgere l'"obbligo di acquisto".

Anche nella prospettiva economico-aziendale, particolare rilievo assume la problematica relativa al prezzo di esercizio dello *squeeze-out*.

Prima dell'attuazione della direttiva OPA, il prezzo di esercizio del diritto di acquisto veniva fissato da un esperto nominato dal Presidente del Tribunale, "tenuto conto anche del prezzo dell'offerta e del prezzo di mercato dell'ultimo semestre". In tale contesto normativo, in quasi un decennio di applicazione, significative criticità di interpretazione e forti dubbi applicativi sono sorti con riferimento ai criteri valutativi da seguire nel determinare il prezzo, alla data di riferimento della stima, al coordinamento tra prezzo dell'OPA e prezzo dello *squeeze-out*.

Più di preciso, le evidenze empiriche sull'esercizio del diritto di acquisto in Italia³⁴, indicano che, in molti casi, il corrispettivo al quale è pervenuto l'esperto designato dal Presidente del Tribunale non si è discostato dal prezzo della precedente offerta e, quando ciò è accaduto, il divario tra i due prezzi è sempre stato estremamente contenuto, salvo in pochi casi³⁵.

³⁴ T. ONESTI ET AL. (a cura di), *Strategie di sviluppo aziendale, processi di corporate governance e creazione di valore*, Milano, 2012, p. 626.

³⁵ L'indagine empirica è stata impostata in modo da evidenziare tre possibili differenziali:

- a) Il differenziale tra il prezzo di esercizio del diritto di acquisto e il prezzo dell'OPA obbligatoria;
- b) Il differenziale tra il prezzo di esercizio del diritto di acquisto e il prezzo dell'OPA volontaria;
- c) Il differenziale tra il prezzo di esercizio del diritto di acquisto e il prezzo dell'OPA residuale, che è stabilito dalla Consob in base a quanto disposto dall'art. 108 Tuf.

I risultati della citata indagine empirica sono i seguenti:

- a) Il delta tra il prezzo di esercizio del diritto di acquisto e il prezzo dell'OPA obbligatoria è stato registrato in 14 dei casi esaminati. Solo in quattro di questi 14 casi (Popolare Milano-Banca Legnano; ABN Amro-Banca Antonveneta; Assicurazioni Generali-Toro Assicurazioni; Consulting2-Targetti Sankey), l'OPA obbligatoria non è stata seguita da quella residuale. Nel 36% dei casi, il prezzo di esercizio del diritto di acquisto coincide con il prezzo dell'OPA obbligatoria; nel 43% dei casi, il prezzo dello *squeeze-out* delle azioni residue risulta essere maggiore di quello dell'OPA obbligatoria; nel 21% dei casi, l'estromissione forzata delle minoranze è avvenuta ad un prezzo inferiore rispetto a quello offerto in occasione dell'OPA obbligatoria.
- b) In 25 casi sui 46 esaminati, l'esercizio del diritto di acquisto è stato preceduto da un'offerta pubblica volontaria, che in 7 casi ha permesso di raggiungere direttamente il possesso soglia del 98% del capitale della società bersaglio, senza la necessità di lanciare un'OPA residuale. Il differenziale tra il prezzo di esercizio del diritto di acquisto e il corrispettivo dell'OPA volontaria è nullo nel 44% dei casi. Nel 40% dei casi, il prezzo dello *squeeze-out* delle azioni residue è stato superiore rispetto al corrispettivo concesso agli azionisti nell'offerta pubblica volontaria; nel 16% dei casi, l'estromissione forzata è avvenuta ad un prezzo inferiore rispetto a quello dell'OPA volontaria.
- c) Le relazioni tra il prezzo di esercizio del diritto di acquisto e il prezzo dell'OPA residuale sono state verificate in 35 casi sui 46 totali. Le osservazioni effettuate indicano che, nel 48% dei casi, il diritto di acquisto è stato esercitato dall'offerente al medesimo prezzo dell'OPA residuale.

La Direttiva OPA rivede totalmente il meccanismo precedente di determinazione del corrispettivo dello *squeeze-out*, imponendo che il diritto di acquisto debba essere esercitato ad un “giusto prezzo”, da individuare secondo due criteri.

Quando la soglia rilevante è raggiunta a seguito di OPA obbligatoria, il “giusto prezzo” di esercizio dello *squeeze-out* è individuato nel prezzo dell’OPA; nelle ipotesi in cui la soglia rilevante è raggiunta a seguito di un’offerta totalitaria volontaria, il prezzo di esercizio del diritto di acquisto deve coincidere con il prezzo dell’OPA solo se ad essa ha aderito non meno del 90% del capitale con diritto di voto compreso nell’offerta.

Il d.lgs. 229/2007, nell’applicare la direttiva OPA, rinvia alla disciplina stabilita dall’art. 108 TUF per il *sell-out*.

Per effetto di tale rinvio normativo, il corrispettivo dello *squeeze-out* “è pari a quello dell’offerta pubblica totalitaria precedente, sempre che, in caso di offerta volontaria, l’offerente abbia acquistato a seguito dell’offerta stessa, titoli che rappresentano non meno del novanta per cento del capitale con diritto di voto compreso nell’offerta”.

Al fine di approfondire il rapporto tra *squeeze-out* e *delisting*, è utile sottolineare che il raggiungimento della soglia che fa scattare il diritto di *squeeze-out* non è di per sé causa di revoca della quotazione. Infatti, la società potrebbe continuare ad essere quotata nonostante il flottante disponibile sia diminuito al di sotto del 5%, se la società di gestione del mercato considera che sia ancora possibile mantenere un mercato normale e regolare per tale strumento.

Tuttavia, in queste circostanze il *delisting* è solo rinviato alla conclusione dello *squeeze-out*.

Le evidenze empiriche che risultano dai 46 casi esaminati mostrano che la revoca dalla quotazione delle società è sempre avvenuta nel periodo immediatamente successivo a quello di validità dell’offerta precedente l’esercizio del diritto di acquisto.

In altri termini, in tutti i casi osservati, l’esercizio del diritto di acquisto da parte dell’azionista quasi totalitario è avvenuto in presenza di società già delistate, nelle quali l’uscita dalla quotazione era avvenuta a seguito dell’OPA totalitaria oppure al termine dell’OPA residuale.

Questo dato permette di evidenziare che il diritto di acquisto svolge in concreto funzioni diverse da quelle di “pulizia del listino”, che spesso una parte della dottrina, essenzialmente straniera attribuisce all’istituto.

In conclusione, la finalità del diritto di acquisto non è quella di assicurare il regolare andamento del mercato, poiché il presupposto quantitativo per il suo eser-

In poche parole, l’esperto – chiamato a determinare il prezzo dello *squeeze-out* delle azioni residue, ha confermato, in quasi la metà dei casi, il corrispettivo che la Consob aveva indicato ai fini dell’offerta residuale. È interessante notare che, quando il prezzo del diritto di acquisto si è discostato dal corrispettivo dell’OPA residuale, lo *squeeze-out* è avvenuto ad un prezzo più elevato rispetto a quello dell’OPA residuale.

Infine, l’indagine empirica evidenzia che, nell’ambito delle complesse 46 operazioni esaminate, al momento dello *squeeze-out* delle azioni residue della società *target*:

- In 17 casi su 46, la società che ha esercitato il diritto di acquisto era già quotata su un mercato regolamentato europeo; nei restanti 29 casi, l’offerente non era quotato;
- In 7 casi su 46, il soggetto che ha esercitato il diritto di acquisto era una società di diritto straniero (in un caso, la società straniera ha operato in concerto con una società italiana).

cizio è solo il superamento della soglia del 95% del capitale con diritto di voto, a prescindere dal fatto che tale percentuale di flottante residuo sia sufficiente a garantire il regolare svolgimento della quotazione. Infatti, la finalità dell'istituto andrebbe ricercata proprio nell'interesse del socio di controllo a "uscire dal mercato" nelle situazioni in cui, pur in ipotesi di un flottante particolarmente ridotto, fosse ancora garantita la regolarità del mercato e non vi fossero dunque i presupposti per l'adozione, da parte della società di gestione del mercato, di un provvedimento di revoca dalla quotazione.

Abstract

The Squeeze-out and the Phenomenon of Delisting between Theory and Practice

This paper analyses the institute of squeeze-out and the related phenomenon of delisting, having particular reference to their features and implications.

Delisting is of particular interest since it represents a complex and extremely differentiated phenomenon, which has become increasingly topical in the light of the current economic and financial context.

In fact, the term delisting is often used to describe various cases that lead to the exclusion of a company from trading on regulated markets. The first part deals with the legal framework of the phenomenon; in the following paragraphs, the author highlights the regulatory discipline in force in Italy and in the United Kingdom. The final part is dedicated to some concluding reflections on the relationship between delisting and squeeze-out.

Giuliano Vosa*

Concessioni balneari a fini turistici: tocca al (solo) legislatore statale ricomporre il conflitto tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione: le concessioni balneari tra diritto dell'Unione europea e ordinamento interno. – 2. Il quadro normativo: una transitorietà cristallizzata. – 3. La linea interpretativa della Corte di giustizia. – 4. La peculiare evoluzione del parametro costituzionale. – 5. La sentenza della Corte cost. n. 222/2020: nessuno spazio per la competenza regionale, nessun alibi per il legislatore statale. – 6. Verso una conclusione?

1. L'Unione europea si fonda sul rispetto delle diversità fra Stati membri in quanto afferenti alla rispettiva “struttura fondamentale politica e costituzionale”, così come recita l'art. 4, par. 2, TUE¹. Sicché, la non-applicazione di una norma di diritto dell'Unione, se pure costituirebbe discriminazione in favore di uno Stato sul piano dell'eguaglianza formale², va tollerata ove impedisca una diseguaglianza sostanziale³. Si verificherebbe, altrimenti, un paradosso: la medesima norma arrecherebbe allo Stato recalcitrante un pregiudizio attinente alla sua struttura fon-

* Ricercatore Post-doc in Diritto costituzionale europeo, Investigador “García Pelayo”, nel Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) di Madrid.

¹ G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 20.

² Cfr. F. CHERUBINI, *The Principle of Equality among Member States of an International Organisation and Its Exceptions: The Peculiar Case of the European Union*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 79 ss.

³ Il tema è assai dibattuto: *contra*, cfr. F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2016, p. 1003 ss., spec. p. 1022; R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 136 ss., spec. p. 139; J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of the Integration?*, Oxford, 2018, p. 27. Da ultimo, su posizioni fra loro diverse, cfr. A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317, spec. 322, e M. LÓPEZ ESCUDERO, *Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, p. 787.

damentale, regalando però ad altri Stati un vantaggio, anche cospicuo, in termini politici ed economici⁴. In tali casi, il rispetto pedissequo dell'eguaglianza formale cagionerebbe una diseguaglianza sostanziale che dal piano dei rapporti fra Stati si scaricherebbe su quello dei rapporti fra cittadini⁵; nondimeno, a voce dell'art. 9 TUE, i cittadini dell'Unione sono destinatari di "eguali attenzioni" da parte delle "istituzioni, organi e organismi dell'Unione" stessa – da cui deriva che una ragionevole tolleranza costituzionale⁶ impedisce a una norma di diritto dell'Unione di produrre una diseguaglianza sostanziale di tal fatta.

Permangono dunque, legittimamente, punti di frizione e dissenso pur aspro tra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali. Dietro questi punti, mette conto di sottolinearlo, si celano altrettanti nodi politici: assetti d'interessi consolidati sul piano nazionale che, al riparo – talora, nemmeno necessario – di una clausola identitaria *stricto sensu*, producono resistenza alle modifiche imposte dal diritto dell'Unione⁷. Tuttavia, l'impegno europeo pare poco o punto compatibile con una "riserva di sovranità" nazionale, specie per casi in cui non è contestata la competenza dell'Unione⁸. Dunque, pur in principio legittime, tali divergenze hanno da accompagnarsi alla disponibilità, da parte dello Stato recalcitrante, a porre la questione oggetto di dissenso sul tavolo sovranazionale per offrirla a una discussione più ampia, illuminata dalla considerazione di principi e valori che si assumono comuni⁹. In tal modo, una sincera cooperazione darebbe adito a un dibattito politico europeo, articolato sui molteplici piani di governo di cui si nutre il *law-making* dell'Unione¹⁰; di talché l'inclusione delle differenze si faccia strumentale all'allargamento della sfera pubblica democratica a dimensioni ultra- e infra-statali¹¹, tutte volte alla costruzione di soluzioni condivise mediante uso pubblico di ragione¹².

Un punto segnato da aspro dissenso tra diritto dell'Unione e ordinamento interno è individuato dalla disciplina delle concessioni balneari a scopo turistico, ove dal 2006 è intervenuta la c.d. "direttiva Servizi"¹³ (o "Bolkestein"¹⁴, dal nome

⁴ Cfr. A. J. MENÉNDEZ, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Journal of Law and Society*, 2017, p. 56, e W. STREECK, *The Rise of the European Consolidation State*, in *MPIfG Discussion Paper*, 2015, n. 1, p. 1 ss., spec. p. 14.

⁵ Cfr. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 435.

⁶ J. H. H. WEILER, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 173 ss., spec. p. 84.

⁷ J. H. H. WEILER, D. LUSTIG, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, p. 315 ss., spec. p. 357.

⁸ B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, p. 149.

⁹ U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 72.

¹⁰ P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo "spazio pubblico" nelle democrazie pluralistiche*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 31 ss., spec. p. 35 s.

¹¹ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), ed.it. a cura di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2008, p. 63 s.

¹² J. HABERMAS, *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, in *The Journal of Philosophy*, 1995, p. 109.

¹³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

¹⁴ Cfr. P. PELLEGRINO, *Directive sur les services dans le marché intérieur : un accouchement dans la douleur*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2007, n. 504, p. 14 ss.

del Commissario tedesco al mercato interno che ne promosse l'adozione)¹⁵. In tale settore, l'obiettivo di proteggere le libertà fondamentali sancite dai Trattati risulta mal conciliabile con le posizioni di vantaggio consolidate in diritto interno per i titolari di concessioni siffatte¹⁶.

Tale difficile conciliabilità alimenta tensioni notevoli, certo maggiori per quegli Stati – l'Italia, e in generale quelli dell'Europa meridiana¹⁷ – in cui l'attività turistica balneare non solo assume volumi economici importanti, ma pure s'intreccia a radici storico-culturali tanto solide quanto tra loro eterogenee, che danno corpo ad un pluralismo articolato sovente riconosciuto dallo Stato stesso come proprio indefettibile elemento costitutivo¹⁸. Per cui, nell'area individuata da questa materia, interessi economico-politici alla conservazione di posizioni vantaggiose in seno alla società di riferimento possono più agevolmente incrociarsi con rivendicazioni "identitarie"¹⁹.

Si dispiega allora uno scenario assai intricato. La tutela delle libertà economiche, sul piano individuale, e la difesa della redditività del bene demaniale, a livello collettivo²⁰, fronteggiano l'esigenza di proteggere le legittime aspettative dei concessionari e quella di non disperdere o stravolgere le specificità locali. Sullo sfondo, si staglia la necessità di ripensare a fondo un'intera categoria giuridica, quella dei beni²¹, pubblici e in specie demaniali²², che abbandonando un'immagine ancorata a uno statalismo antropomorfo si declina in configurazioni più moderne dei rapporti proprietari²³, segnando la via verso "un altro modo di possedere"²⁴.

Sull'affannosa ricerca di un punto di caduta complessivamente accettabile grava, infine, l'urgenza dovuta all'avvio di una procedura d'infrazione ai danni dell'Italia²⁵, per via dell'ulteriore proroga al 1° gennaio 2034 delle concessioni balneari turistiche fissata dalla l. 145/2018²⁶. Di qui l'esigenza non più rimandabile di un negoziato politico ad ampio spettro, teso a un'accurata, inclusiva valutazione dei molteplici diritti e interessi in gioco.

¹⁵ P. TIMMERMANN, *Legislating Amidst Public Controversy: The Services Directive*, in *Egmont - The Royal Institute for International Relations*, 2009, p. 3 ss., spec. pp. 11 s. e 31 s. Vedasi, da ultimo, la ricostruzione di G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Consulta Online*, 27 marzo 2020, p. 1 ss., spec. p. 3 s.

¹⁶ R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1180 ss.

¹⁷ G. CERRINA FERRONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *federalismi.it*, 19 febbraio 2020, p. 21 ss.

¹⁸ R. MÁIZ SUÁREZ, *Federalismo plurinacional: una teoría política normativa*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 2006, p. 43.

¹⁹ M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, London, 2009, p. 11.

²⁰ A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma, 2013, p. 32.

²¹ C. M. BIANCA, *I beni*, in C. M. BIANCA, *Diritto civile, VI – La proprietà*, Milano, 1999, p. 33.

²² M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Torino, 2018, p.101.

²³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, spec. p. 459 s.

²⁴ P. GROSSI, «Un altro modo di possedere». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 2007, spec. p. 5 s.

²⁵ Costituzione in mora ex art. 258, par. 4, TFUE della Commissione europea, n. 2020/4118, con lettera inviata il 3 dicembre 2020.

²⁶ Cfr. l'art. 1, commi 682, 683 e 684, della l. 30 dicembre 2018, n. 145, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021.

2. Il settore delle concessioni balneari è terreno di scontro fra diritto dell'Unione e ordinamento interno a partire dal 2009, anno in cui l'entrata in vigore della "direttiva Servizi" poneva in conflitto la previsione di cui all'art. 37, co. 2, del Codice della navigazione – il "diritto di insistenza" a favore del concessionario uscente – con l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva stessa. Infatti, ai sensi del par. 1 di tale art., "[q]ualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento". Inoltre, a voce del par. 2, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

Il par. 3, nel far salva la regola della procedura caratterizzata da imparzialità e trasparenza, consente agli Stati membri di "tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario".

Infine, come la Commissione ebbe a sostenere con la lettera di costituzione in mora che apriva una prima procedura d'infrazione contro l'Italia, la disciplina del diritto di insistenza entrava in contrasto, su di un piano più generale, con l'art. 43 TCE (ora art. 49 TFUE) giacché configurava un limite indebito alla libertà di stabilimento dell'operatore economico²⁷.

L'evidenza di un contrasto fra la disciplina nazionale e quella dettata dal diritto dell'Unione non sfuggiva al legislatore italiano. L'art. 1, co. 18, del d.l. 194/2009 (adottato in reazione all'apertura della prima procedura d'infrazione contro l'Italia, con l'effetto di interromperne il corso) disponeva la "soppressione" del diritto di insistenza e, nelle more di un riordino complessivo della materia previa intesa Stato-Regioni, stabiliva la proroga del "termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 (...) fino a tale data"²⁸.

Sulla stessa linea, nel dar attuazione alla "direttiva Servizi", l'art. 16 del d.lgs. 59/2010 prevedeva che, "[nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche (...), le autorità competenti

²⁷ Con tale lettera di costituzione in mora del 2 febbraio 2009, la Commissione sosteneva che l'art. 37 del codice della navigazione fosse in contrasto con l'art. 43 TCE (ora art. 49 TFUE) poiché, prevedendo un diritto di preferenza a favore del titolare uscente nell'attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, configurava una restrizione alla libertà di stabilimento in base al luogo di stabilimento dell'operatore economico, rendendo difficile l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza. Cfr. A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, 2016, p. 1, nota 1, e M. C. GIRARDI, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2019, p. 226 ss., spec. p. 232.

²⁸ D.l. 30 dicembre 2009, n. 194, Proroga di termini previsti da disposizioni legislative, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25.

applicano una procedura di selezione [e] assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità"; prevedeva inoltre che, "nel fissare le regole della procedura di selezione, le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario". Soggiungeva, infine, la disposizione normativa che "[i]l titolo di autorizzazione è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo"²⁹.

Successivamente, l'art. 34-*duodecies* del d.l. 179/2012 disponeva l'ulteriore proroga delle concessioni già fissata dal precedente art. 1, co. 18, del d.l. 194/2009 fino al 31 dicembre 2020³⁰.

Complessivamente considerata, la tecnica di trasposizione scelta dal legislatore italiano si limita dunque al recepimento pedissequo dell'art. 12 della "direttiva Servizi" e alla contestuale, plurima proroga del termine di scadenza delle concessioni in vigore al 30 dicembre 2009³¹.

Alla reiterazione di tale proroga è venuto abbinandosi un rafforzamento esplicito della posizione giuridica dei concessionari in carica: in tal senso milita l'art. 24, co. 3-*septies*, del d.l. 113/2016, a voce del quale "[n]elle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti"³² in base all'art. 1, co. 18, del d.l. 194/2009 già citato.

Inoltre, con lo scoppio della crisi sanitaria, l'art. 182, co. 2, del c.d. Decreto Rilancio (d.l. 34/2020)³³ prevede che "per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni diretti e indiretti causati dall'emergenza epidemiologica (...) le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi (...) per il rilascio o l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Tale previsione determina il congelamento dello *status quo*, cristalliz-

²⁹ Cfr. d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

³⁰ Cfr. il testo del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, coordinato con la l. di conversione 17 dicembre 2012, n. 221, Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.

³¹ Così il testo dell'art. 1, co. 18, d.l. 194/2009: "nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento (...) sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza (...)".

³² Cfr. il testo del d.l. 24 giugno 2016, n. 113, coordinato con la l. di conversione 7 agosto 2016, n. 160, Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio.

³³ Cfr. il testo del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

zando i benefici in dote ai concessionari in carica: difatti, l'utilizzo dei beni del demanio marittimo, fluviale o lacustre, su cui insistono le concessioni in parola, "è confermato verso pagamento del canone previsto" – richiamandosi esplicitamente la proroga al 1° gennaio 2034 fissata dall'art. 1, commi 682, 683 e 684, della l. 145/2018 sopra citata.

In conclusione, il quadro normativo attuale, se da un lato traspone con esattezza letterale il contenuto dell'art. 12 della "direttiva Servizi" in un atto di diritto interno, d'altro canto ne preclude, in via transitoria ma reiteratamente prolungata, gli effetti. Complessivamente, sembra quindi tendere alla perpetuazione *sine die* – per un totale, ad oggi, di venticinque anni – della situazione di fatto e di diritto precedente all'entrata in vigore della "direttiva Servizi". Il riordino della disciplina della materia d'intesa con le Regioni, cui allude il d.l. 194/2009, resta inevaso³⁴. Nell'inerzia del legislatore, censurabile quanto il pigro abbandonarsi a tecniche di qualità invero scadente nella redazione degli atti normativi, è toccato alla giurisprudenza cimentarsi in una ricostruzione puntuale dei profili di incompatibilità della disciplina vigente col diritto dell'Unione, indicando la strada per la rinegoziazione dei diritti e interessi in gioco.

3. L'abbondante contenzioso in tema di concessioni balneari turistiche ruota attorno a una nota pronuncia della Corte di giustizia, che enuclea i nodi problematici del rapporto fra ordinamento nazionale e diritto dell'Unione per quel che attiene a tale settore.

Il caso *Promoimpresa e Melis*³⁵ ha avuto ad oggetto le questioni pregiudiziali poste dai TAR Lombardia e Sardegna sull'interpretazione dell'art. 12 della "direttiva Servizi". In specie, la Corte è stata chiamata a stabilire se una proroga automatica *ex lege* delle concessioni demaniali balneari per attività turistico-ricreative sia compatibile con tale norma, alla luce del diritto di stabilimento (art. 49 TFUE), del diritto alla libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE) e delle regole di concorrenza applicabili alle imprese cui gli Stati riconoscono diritti speciali o esclusivi (art. 106 TFUE).

La risposta della Corte di giustizia, sulla falsariga delle conclusioni dell'Avvocato generale³⁶, può riassumersi in tre punti.

1) *Ambito di applicazione*. L'art. 12 si applica alle "autorizzazioni", definite, in base all'art. 4, par. 6, della "direttiva Servizi", come "tutti gli atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle

³⁴ Da ultimo, un siffatto d.d.l., presentato dal Governo il 15 febbraio 2017, è decaduto con la conclusione della XVII Legislatura. Si tratta(va) del d.d.l. recante delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativi (A.C. 4302), relatori in Assemblea l'On. Sergio Pizzolante per la Commissione VI – Finanze e l'On. Tiziano Arlotti per la Commissione X – Attività Produttive, approvato il 26 ottobre 2017 e trasmesso al Senato il 27 ottobre 2017. Al link www.camera.it può seguirsi l'iter del d.d.l.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e 67/15, *Promoimpresa s.r.l. e Melis*, ECLI:EU:C:2016:558.

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar, del 25 febbraio 2016, ECLI:EU:C:2016:122, su cui A. COSSIRI, *op. cit.*, p. 11, e F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, in *Eurojus.it*, 7 marzo 2016.

autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”³⁷. Si delinea quindi una nozione sostanziale di “autorizzazione”, indifferente alle sfumature concettuali che emergono negli ordinamenti statali, rispetto alla quale il termine “concessione” è *in toto* fungibile. Occorre distinguere però – soggiunge la Corte³⁸ – l’ambito di applicazione dell’art. 12 della “direttiva Servizi” da quello della direttiva 2014/23 sugli appalti pubblici³⁹. A mente del 15° ‘considerando’ di quest’ultima⁴⁰, la linea discrezionale è ben visibile nel caso di specie: “le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell’ente aggiudicatore, bensì sull’autorizzazione a esercitare un’attività economica in un’area demaniale”⁴¹.

Conclude la Corte che spetta ai giudici nazionali valutare, anche in considerazione del requisito della “scarsità delle risorse naturali” cui inerisce la concessione e della competenza dell’ente comunale a rilasciarla, se un certo atto rientri nell’ambito applicativo dell’art. 12 della direttiva *Servizi*, alla luce delle considerazioni sin qui esposte⁴².

2) *Limiti al diritto di stabilimento e “interesse transfrontaliero certo”*. Là dove il giudice interno ritenga che un dato regime autorizzatorio non ricade nell’ambito applicativo dell’art. 12 della “direttiva Servizi”, subentra la disciplina generale sulla non-discriminazione quanto all’esercizio del diritto di stabilimento. Sicché, ove il regime in questione “presenti un interesse transfrontaliero certo” – valutabile dal giudice interno in base a ogni criterio rilevante, fra cui l’importanza economica, il luogo d’esecuzione e le caratteristiche tecniche del servizio⁴³ – “l’assegnazione [della relativa concessione] in totale assenza di trasparenza ad un’impresa con sede nello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione”⁴⁴. Nell’ottica della Corte, limitazioni al diritto di stabilimento in presenza di un interesse transfrontaliero certo si giustificano per “motivi imperativi di interesse generale” tra cui figura la “necessità di rispettare il principio della certezza del diritto”. In virtù di tale necessità, difatti, si è giustificata l’istituzione di un regime transitorio nel caso di una concessione attribuita “quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”⁴⁵; tuttavia, una simile giustificazione non regge nel caso di specie, poiché “le concessioni di cui ai procedimenti principali sono state attribuite quando già era stato

³⁷ Sentenza *Promoimpresa e Melis*, punti 38 e 41.

³⁸ *Ivi*, punto 44.

³⁹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁴⁰ Cfr. sentenza *Promoimpresa e Melis*, punto 48.

⁴¹ *Ivi*, punto 47.

⁴² Nel rispetto della partizione fra sindacato della Corte di giustizia e scrutinio dei giudici nazionali: cfr. M. LÓPEZ ESCUDERO, *op. cit.*, p. 790 ss., e A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato*, cit., p. 325 ss.; da ultimo, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, p. 493 ss., spec. p. 495 ss.

⁴³ Sentenza *Promoimpresa e Melis*, punto 68.

⁴⁴ *Ivi*, punto 65.

⁴⁵ *Ivi*, punto 72.

dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza”⁴⁶.

Per cui, se il giudice del rinvio non ritiene di applicare a un certo caso l’art. 12 della “direttiva Servizi”, il contrasto fra diritto dell’Unione e ordinamento interno sorge, in virtù dell’art. 49 TFUE, là dove la concessione abbia un “interesse transfrontaliero certo”, verificato dal giudice stesso.

3) *Equiparazione fra proroga ex lege e rinnovo automatico*. Se invece il giudice del rinvio ritiene applicabile l’art. 12 della “direttiva Servizi”, il contrasto fra diritto dell’Unione e ordinamento interno ruota attorno all’equiparazione fra proroga *ex lege* “automatica” (relativa cioè a tutte le concessioni in vigore senza considerazione dei casi concreti nella loro singolarità) e “rinnovo automatico”, espressamente vietato dal par. 2 dell’art. 12. Con chiarezza la Corte afferma che una proroga “automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo e lacuale non consente di organizzare una procedura di selezione” conforme all’art. 12⁴⁷. Il diritto dell’Unione certamente prevede che si tenga conto del legittimo affidamento dei titolari di una concessione in vigore; tuttavia, la pur dovuta considerazione dei diritti e interessi di questi ultimi non giustifica l’assenza di una procedura di selezione dei potenziali candidati, poiché è proprio nel quadro di una procedura così articolata che deve effettuarsi la ponderazione fra diritti e interessi in gioco⁴⁸. Infatti, “una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso” affinché si dimostri che il titolare dell’autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo di quest’ultima “e ha effettuato i relativi investimenti”; ciò non avviene, pacificamente, là dove la proroga *ex lege* si applichi “indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione”⁴⁹.

Dall’esame della giurisprudenza della Corte di giustizia emerge, quindi, che il diritto dell’Unione non osta a che si valuti il legittimo affidamento dei titolari in carica, attribuendo loro, nel caso, un vantaggio, variamente configurato, rispetto ai potenziali nuovi candidati⁵⁰; ma richiede che le relative posizioni siano vagliate caso per caso nel quadro di procedure selettive pubbliche, aperte e trasparenti⁵¹. Procedure siffatte, mette conto di notare, consentirebbero tanto la valutazione di eventuali limiti al diritto di stabilimento – per “motivi imperativi di interesse generale” *ex art. 49 TFUE* – quanto l’apprezzamento, *ex art. 12, par. 3, della “direttiva Servizi”*, “di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell’ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario”.

Per cui, comunque si configuri la disciplina applicabile al regime autorizzatorio in esame, il diritto dell’Unione reputa in linea generale inaccettabile che i titolari di concessioni balneari turistiche beneficino di una proroga automatica *ex lege* senza

⁴⁶ *Ivi*, punto 73.

⁴⁷ *Ivi*, punto 50.

⁴⁸ *Ivi*, punti 53-55.

⁴⁹ *Ivi*, punto 56.

⁵⁰ V. SQUARATTI, *L’accesso al mercato delle concessioni delle aree demaniali delle coste marittime e lacustri tra tutela dell’investimento ed interesse transfrontaliero certo*, in *European Papers*, 2017, p. 767.

⁵¹ Cfr. A. ALEMANNI, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy*, in *European Law Review*, 2014, p. 72.

che una procedura aperta valuti, caso per caso, la sussistenza di “motivi imperativi” *ex art. 49 TFUE* – ovvero di un interesse legato alle circostanze di cui all’art. 12, par. 3, della “direttiva Servizi” – quale supporto del diritto da essi rivendicato a una proroga della concessione, ovvero ad altro tipo di vantaggio rispetto ai potenziali nuovi candidati.

4. Nell’esigere che la selezione dei candidati avvenga tramite una procedura aperta, il diritto dell’Unione indica la via per un equilibrio fra le posizioni in gioco: da un lato quella dei concessionari in carica, dall’altro quella dei potenziali subentranti. Il cammino così tracciato mira a facilitare il temperamento di diritti e interessi individuali con l’interesse pubblico alla redditività del bene oggetto di concessione e alla sua fruizione da parte della collettività⁵². Tuttavia, la materia presenta un ulteriore elemento di complessità relativo al livello di governo cui ineriscono il potere e la responsabilità, in concreto, di operare un tale temperamento; è attraversata infatti da titoli eterogenei di competenza legislativa, che scoperchiano un ribollente conflitto fra Stato e Regioni.

Dall’esame complessivo della giurisprudenza costituzionale, può sin d’ora anticiparsi, si evince che la disciplina delle concessioni balneari non ammette punto l’intervento delle Regioni in deroga alla disciplina statale, pur se in astratto coerente con l’impianto complessivo previsto dal diritto dell’Unione – per paradosso, nemmeno se l’opzione scelta dal legislatore statale risulti carente, alla prova dei fatti, sotto questo profilo. Nondimeno, sebbene la Corte costituzionale abbia tenuto ferma questa linea, l’individuazione e la costruzione del parametro di incostituzionalità della normativa regionale hanno conosciuto un’evoluzione peculiare, che merita un approfondimento.

Nella sentenza 180/2010⁵³, che può considerarsi capostipite del filone qui esaminato, il Governo ha impugnato l’art. 1 della l. 8/2009 della Regione Emilia-Romagna là dove inseriva, nella l.r. 9/2002, l’art. 8-*bis*, co. 2, a voce del quale “[i] titolari di concessioni demaniali marittime (...) potranno chiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio”. Il parametro indicato è stato l’art. 117, co. 1, della Costituzione – che sottopone la potestà legislativa (statale e) regionale “ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” – in relazione agli articoli 49 e 101 TFUE. La Regione, a fronte della presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene dato in concessione, aveva ritenuto di offrire al titolare in carica la possibilità di chiederne la proroga in misura proporzionale alla tipologia di investimento proposto, senza tuttavia prevedere una vera e propria procedura di gara.

Interessante notare come la Regione fondi la propria difesa sul parametro interno: mira cioè a dimostrare di non aver violato l’art. 117, co. 2, lett. e) – che attribuisce alla competenza esclusiva statale la materia della “tutela della concorrenza” – con lo scopo di ritagliarsi uno spazio per la tutela di attribuzioni proprie, esercitate in attuazione del diritto dell’Unione; argomenta infatti sull’“identica

⁵² C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Italian State beach concessions and Directive 2006/123/EC in the European context*, European Parliament, Directorate General I-POL, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional affairs, Bruxelles, novembre 2017, p. 9 ss., spec. p. 56.

⁵³ Corte cost., sentenza n. 180 del 12 maggio 2010.

ratio” che legherebbe la normativa regionale impugnata e l’art. 12 della “direttiva Servizi”. La Regione, in sostanza, propugna la tesi per cui la propria legge costituisce un’attuazione legittima della direttiva, coerente con il suo dettato e non lesiva della competenza esclusiva statale sulla materia⁵⁴.

La Corte, però, si attiene strettamente alla questione come formulata dal Governo, trascurando il parametro interno e dichiarando incostituzionale la legge regionale nel merito, per violazione dei limiti imposti dal diritto dell’Unione: “[l]a previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che ‘apra’ il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari”⁵⁵. Mette conto di notare, peraltro, che la Corte dà per pacifica la competenza dell’Unione sulla materia, benché afferente ai beni demaniali e, quindi, tutta interna al regime della proprietà, che l’art. 345 TFUE lascia interamente alla competenza degli Stati⁵⁶.

Analogo responso proviene dalla giurisprudenza successiva, nella quale assume centralità il parametro europeo di carattere sostanziale. Si segnalano, in specie, la sentenza 233/2010, che dichiara l’illegittimità della l. della Regione Friuli-Venezia Giulia 13/2009⁵⁷; la sentenza 340/2010, che dichiara illegittima la disciplina prevista dalla Regione Toscana con l.r. 77/2009⁵⁸; la sentenza 213/2011, con la quale vengono dichiarate illegittime ipotesi di proroga diverse, disciplinate rispettivamente dall’art. 4, co. 1, della l. della Regione Marche 7/2010, dall’art. 5 della l. della Regione Veneto 13/2010 e dagli articoli 1 e 2 della l. della Regione Abruzzo 3/2010⁵⁹.

Proprio in quest’ultima sentenza, tuttavia, i profili costituzionali relativi all’intreccio fra diritto dell’Unione, diritto statale e diritto regionale emergono con maggiore chiarezza.

Per tutte e tre le disposizioni impuginate, difatti, il Governo ha indicato fra i parametri, oltre all’art. 117, co. 1, anche l’art. 117, co. 2, lett. a) sui “rapporti dello Stato con l’Unione europea” motivandolo con riferimento alla pendenza della procedura di infrazione già citata, e lett. e)⁶⁰; ha rivendicato, in buona misura, l’appartenenza della materia nel suo insieme alla propria sfera di competenza esclusiva, giustificando quest’argomento in virtù del fatto che lo Stato italiano nel suo insieme è oggetto di censura della Commissione. S’intrecciano dunque due linee argomentative; la prima, facente capo all’art. 117, co. 1, sostiene che la legge regionale è, nella sostanza, viziata da contrasto col diritto dell’Unione, il quale funge da parametro interposto di costituzionalità; la seconda, imperniata sull’art. 117, co. 2, lettere a) ed e), sostiene che la legge regionale è, sotto il profilo non sostanziale ma procedurale, viziata da contrasto diretto con la Costituzione, giacché lesiva della competenza statale esclusiva sulle materie dei “rapporti con l’Unione europea” e della “tutela della concorrenza”. Si noti peraltro che l’argomento a favore della rivendicazione di competenza esclusiva statale muove dal presupposto che il diritto statale sia fortemente sospettato di contrarietà al diritto dell’Unione, poiché si basa sul fatto che

⁵⁴ *Ivi*, paragrafi 3 e 3.1, ritenuto in fatto.

⁵⁵ *Ivi*, par. 2.1, considerato in diritto.

⁵⁶ M. ESPOSITO, *La triade schmittiana* à rebours, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2167.

⁵⁷ Corte cost., sentenza n. 233 del 23 giugno 2010.

⁵⁸ Corte cost., sentenza n. 340 del 17 novembre 2010.

⁵⁹ Corte cost., sentenza n. 213 del 4 luglio 2011.

⁶⁰ *Ivi*, paragrafi 1-3, ritenuto in fatto.

lo Stato italiano è destinatario di una procedura di infrazione; tuttavia, è adoperato dallo Stato a sostegno della tesi per cui il diritto regionale è incostituzionale in quanto contrario al diritto dell'Unione.

Le Regioni si difendono tacciando il primo rilievo di genericità e argomentano (la Regione Veneto) che l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del concessionario è invocata dalla stessa "direttiva Servizi", sicché la norma regionale impugnata sarebbe legittima "in quanto, espressione della competenza legislativa della Regione in materia di turismo, sarebbe attuativa di una direttiva comunitaria"⁶¹. La Regione Abruzzo, in opposizione al secondo dei due rilievi, sostiene apertamente che "la relativa censura sarebbe inammissibile per difetto di motivazione e, nel merito, non fondata in quanto le norme impugnate non attengono alla materia oggetto della competenza legislativa invocata dal ricorrente" insistendo piuttosto su titoli di competenza concorrente, quali "turismo" e "governo del territorio"⁶².

La Corte costituzionale riconosce "che la disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale"; e che "particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale"⁶³. Tuttavia, riprendendo l'art. 1, co. 18, del d.l. 194/2009, osserva che "[l]a finalità del legislatore è stata (...) quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni"⁶⁴. In virtù di tale rilievo, senz'altra giustificazione, le disposizioni regionali impugnate vengono giudicate legittime o illegittime sul metro della semplice disposizione statale, adoperata come una sorta di "fonte interposta" rispetto al parametro unico costituito dall'art. 117, commi 1, 2, lett. a) e 2, lett. e). La sovrapposizione perfetta fra il parametro europeo e quello interno assorbe la questione dei rapporti fra Italia e Unione, intrecciandosi le due linee sopra esposte in un unitario, inoppugnabile argomento.

Tale soluzione appare a dire il vero ardimentosa. Da un canto, sotto il profilo procedurale, è pacifica l'insistenza di ulteriori titoli di competenza suscettibili d'interferire con quello statale; d'altro canto, sotto il profilo sostanziale, è altrettanto pacifico che una sovrapposizione siffatta presuppone, almeno in linea teorica, l'avvenuto corretto adempimento del diritto dell'Unione da parte del legislatore statale. Non si vede, infatti, come possa logicamente inferirsi l'appiattimento del parametro di cui all'art. 117, co. 1, su quelli di cui all'art. 117, co. 2 senza assumere che il diritto interno, nell'arrogarsi la competenza esclusiva a legiferare sull'intera materia, non ottemperi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario". In effetti, un simile ragionamento non passa inosservato in dottrina⁶⁵, ricevendo tuttavia conforto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁶.

⁶¹ *Ivi*, par. 2, ritenuto in fatto.

⁶² *Ivi*, par. 3, ritenuto in fatto.

⁶³ *Ivi*, par. 4, considerato in diritto.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. ad es. C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto UE e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *federalismi.it*, 10 ottobre 2018, p. 1 ss., spec. p. 25.

⁶⁶ Vedasi ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 27 dicembre 2012, n. 6682.

Su questa falsariga, la sentenza 171/2013 abbina i parametri di cui al primo e al secondo comma, lett. e), dell'art. 117 della Costituzione per dichiarare illegittimo l'art. 1 della l. della Regione Liguria 24/2012 e ne consolida l'indirizzo interpretativo, per cui il limite sostanziale europeo e quello formale interno si fondono in un tutt'uno, ergendosi ad argine invalicabile contro qualunque disposizione regionale contraria a quella statale.

La sentenza *Protoimpresa e Melis* della Corte di giustizia, che interviene nel 2016, parrebbe non priva d'influenza sull'itinerario argomentativo della giurisprudenza costituzionale successiva. Come detto, con quella pronuncia i giudici di Lussemburgo censurano la normativa statale per violazione del diritto dell'Unione. Non sorprende allora che le sentenze successive progressivamente lascino sfumare la sovrapposizione fra il parametro europeo sostanziale e quello interno formale. Tale meccanismo, infatti, è destinato a perdere di pregio in misura via via più grave quanto più chiaramente emerge che la normativa interna non costituisce in alcun modo una corretta trasposizione del diritto dell'Unione.

La giurisprudenza degli ultimi anni, allora, tende ad attribuire una graduale centralità al parametro di diritto interno, lasciando che la questione relativa alla contrarietà della disciplina regionale con il diritto dell'Unione scivoli in secondo piano. Pertanto, la Corte costituzionale viene a sostituire alla valutazione della (in) compatibilità delle norme regionali col diritto dell'Unione la censura di incostituzionalità per invasione delle competenze esclusive statali; e lo fa, peraltro, con la stessa apodittica assolutezza che avrebbe avuto ragione di adoperare ove avesse potuto presumere una perfetta sovrapposizione fra il parametro formale interno e quello sostanziale di diritto dell'Unione. Nell'ottica della Corte, la competenza esclusiva alla trasposizione dei principi di diritto dell'Unione sulla materia delle concessioni balneari nell'ordinamento interno resta fissata allo Stato senz'altra argomentazione; mentre l'unico strumento previsto per l'interlocuzione con le Regioni – soltanto *pro futuro*, si noti – è l'intesa prodromica a un riordino della materia. Nelle more, la fonte statale mantiene la sua valenza di “norma interposta”, sul metro della quale la fonte regionale si scopre conforme al parametro di cui all'art. 117, co. 2 – in specie, alla lettera e) – ovvero viziata da incostituzionalità.

Si faccia il caso, ad esempio, della sentenza 221/2018, con la quale gli articoli 1 e 4 della l. della Regione Liguria 25/2017 sono impugnati per violazione dell'art. 117, co. 2, lettere e) nonché, in parte, s) (per via della qualificazione delle imprese liguri in quanto tali come “elementi del patrimonio storico e culturale”)⁶⁷; l'art. 117, co. 1, nella ricostruzione del ricorso figura solo come terzo, si direbbe *ad adiuvandum*. Si noti poi che, nel dichiarare l'illegittimità della legge regionale, la Corte fa riferimento al solo parametro relativo alla tutela della concorrenza, “restando assorbita ogni altra censura”⁶⁸. Analoga posizione è tenuta dalla sentenza 1/2019⁶⁹ nella quale, benché il ricorso del Governo in via principale segnali a prim'acchito la contrarietà degli articoli 2 e 4 della l. della Regione Liguria 26/2017 con l'art. 117, co. 1, e successivamente illustri la censura relativa all'art. 117, co. 2, lett. e),

⁶⁷ Corte cost., sentenza n. 221 del 6 novembre 2018.

⁶⁸ *Ivi*, par. 4, considerato in diritto.

⁶⁹ Corte cost., sentenza n. 1 del 9 gennaio 2019.

la Corte dichiara incostituzionali entrambe le norme sulla sola base di quest'ultimo parametro, intendendosi assorbito il primo⁷⁰.

5. Sulla stessa linea, la sentenza 222/2020 della Corte costituzionale⁷¹ propone un itinerario argomentativo tutto interno al diritto nazionale: il parametro di cui all'art. 117, co. 1, scompare sin dalle censure del giudice *a quo* – il TAR Veneto – mentre si sancisce, a chiare lettere, che la competenza concorrente in materia di “turismo” e “governo del territorio” cede alla competenza esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza”. Emerge così una sorta di *preemption*, il cui perimetro è individuato indefettibilmente dalla fonte statale quale norma interposta, integrativa del parametro costituzionale ancorché fortemente sospettata di contrasto, nel merito, col diritto dell'Unione⁷².

Il caso verte sulla legittimità costituzionale dell'art. 54, commi 2, 3, 4 e 5, della l. della Regione Veneto 33/2002 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo), in riferimento all'art. 117, co. 2, lettere e) ed l) della Costituzione. Tali norme mirano a ridisegnare la materia delle concessioni balneari turistiche con una certa pretesa di organicità. Ai sensi del co. 2, il rilascio di nuove concessioni è subordinato al pagamento di un indennizzo in favore del concessionario uscente; a tal scopo, secondo il co. 3, il Comune competente acquisisce dal precedente titolare, e inserisce nell'avviso di gara, una “perizia di stima asseverata di un professionista abilitato da cui risulti l'ammontare del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione”. A voce del co. 4, le domande di nuova concessione, “a pena di esclusione dalla procedura comparativa” prevedono un atto unilaterale col quale il candidato si impegna, una volta dichiarato vincitore, a versare l'indennizzo previsto entro trenta giorni dall'aggiudicazione; se questi non procede a tale versamento, si verifica lo slittamento della graduatoria in favore del candidato successivo, fino ad esaurimento della graduatoria. A tenore del co. 5, infine, tale indennizzo è pari al 90% dell'ammontare del valore risultante dalla perizia di stima relativa al valore aziendale dell'impresa che si trovava sull'area oggetto di concessione.

Il giudice *a quo* paventa l'ipotesi per cui, in linea generale, la previsione di un indennizzo a favore del titolare in carica comporterebbe l'invasione della competenza esclusiva dello Stato nella materia “tutela della concorrenza”, in violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e)⁷³. Inoltre, tale previsione, per un verso, afferisce al “principio civilistico del divieto di arricchimenti ingiustificati”, in quanto, “pur inserendosi all'interno della disciplina pubblicistica di una procedura ad evidenza pubblica, attiene al rapporto – di schietto sapore privatistico – tra due soggetti (il gestore uscente e il subentrante) disciplinato dalle comuni regole civilistiche”; per altro verso, deroga all'art. 49 del Codice della navigazione, a tenore del quale, salvo che sia diversamente stabilito nel titolo, l'estinzione del rapporto concessorio determina l'acquisizione al demanio delle opere non amovibili realizzate dal concessionario, senza alcun compenso o rimborso. Sarebbe allora, tale previsione, parimenti lesiva

⁷⁰ Cfr. G. DELLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 3, p. 542 ss.

⁷¹ Corte cost., sentenza n. 222 del 23 ottobre 2020.

⁷² Su cui A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, p. 81.

⁷³ Sentenza n. 222/2020, par. 5, ritenuto in fatto; cfr. par. 1.1, considerato in diritto.

della competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. l) Cost., che individua la materia dell'“ordinamento civile”⁷⁴.

La Regione Veneto ribadisce la tesi per cui la materia delle concessioni balneari turistiche tocca vari ambiti materiali, alcuni dei quali afferenti a titoli di competenza regionale (“turismo” e “governo del territorio”); sicché, in base all'art. 12 della “direttiva Servizi”, in un contesto normativo statale nel quale l'adeguamento ai principi del diritto dell'Unione europea si presenta ancora incompiuto, l'intervento regionale è necessario “per tutelare le componenti economico-aziendali del concessionario uscente”⁷⁵. Tale argomento potrebbe riformularsi come segue: la competenza statale esclusiva, poggiata sulla presunta sovrapposizione fra il parametro europeo sostanziale di cui all'art. 117, co. 1, e quello interno formale di cui all'art. 117, co. 2, appare non più giustificabile, e anzi lesiva dei diritti e degli interessi in gioco, là dove tale sovrapposizione sia non solo dubbia ma addirittura sconfessata dall'acclarata inerzia del legislatore statale – da ultimo, ritenuto inadempiente verso gli obblighi di diritto UE dalla Commissione stessa, che ha aperto una nuova procedura di infrazione.

Prospetta inoltre, la Regione, la sollevazione, da parte della Corte costituzionale, di una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* in ordine all'art. 49 del Codice della navigazione, “chiedendo se gli articoli 49 e 56 TFUE e l'art. 12 della direttiva *Servizi* ostino a una normativa statale o regionale che riconosca un'adeguata remunerazione dei capitali investiti dal concessionario uscente, configurando questi un “indebito vantaggio” al prestatore uscente (...); ovvero se questo genere di misure sia consentito dal diritto sovranazionale”⁷⁶.

La Corte accoglie la questione. Ripercorrendo la propria precedente giurisprudenza, con chiarezza riafferma che “la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi”, pur manifestamente intersecando ambiti materiali riconducibili alla competenza sia statale sia regionale, si impernia sui principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, “previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, che assumono particolare rilevanza”⁷⁷. La “*preemption*” costruita attorno all'intera materia trova così ulteriore conferma: “[t]ali principi corrispondono ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.”⁷⁸. Per questa via, la Corte può nuovamente servirsi della normativa statale attuativa dell'art. 12 della “direttiva Servizi” come fonte interposta di costituzionalità, di talché ogni disposizione regionale è conforme alla Costituzione – all'art. 117, co. 2, lett. e) – in quanto ne rispetti le previsioni, ed è invece *tout court* incostituzionale là dove si collochi in contrasto con esse⁷⁹.

La linea tracciata dalla Corte, giuridicamente indebolita dal venir meno della presunzione di compatibilità fra diritto statale e diritto dell'Unione, prende una piega decisa di politica istituzionale. Si rende infatti palese che il sostegno alla competenza esclusiva statale sull'intera materia, sgretolandosi via via il parametro sostanziale, trova riparo in una considerazione di mera opportunità: quella che la materia in questione riceva una tutela unitaria su base nazionale. Ora, rispetto a

⁷⁴ *Ivi*, par. 5, ritenuto in fatto; cfr. par. 1.2, considerato in diritto.

⁷⁵ *Ivi*, par. 6, ritenuto in fatto.

⁷⁶ *Ivi*, par. 6.1, ritenuto in fatto.

⁷⁷ *Ivi*, par. 3, considerato in diritto.

⁷⁸ *Ivi*, par. 3.1, considerato in diritto.

⁷⁹ *Ivi*, paragrafi 3.2. e 3.3, considerato in diritto.

quella che ha animato fin qui l'itinerario argomentativo della Corte, questa considerazione scaturisce da una premessa opposta; se quella si fondava sulla presunta conformità, nel merito, del vincolo di diritto UE a quello interno, questa muove dal presupposto esattamente contrario – che cioè una tale conformità manchi, e che è opportuno riservare allo Stato i poteri necessari a perseguirla. Sicché, a premesse diverse viene a corrispondere il medesimo risultato giuridico: la proclamazione di una competenza statale assoluta che abbraccia l'intera materia, soffocando le pretese regolative delle Regioni.

Può allora dirsi che, benché in principio apprezzabile nel merito, il ragionamento condotto dalla Corte costituzionale trascende l'empireo del diritto per gettarsi nella scottante vicenda politica; al punto che, forse, non sarebbe inappropriato il rinvio all'art. 117, co. 2, lett. a), che riassumerebbe alla voce “rapporti con l'Unione europea” l'esigenza che sia lo Stato, nel suo complesso, a farsi carico della vicenda regolativa, sopportandone il peso politico. In effetti, la coesistenza di titoli di competenza eterogenei richiama l'art. 29 della l. 234/2012⁸⁰, a voce del quale le Regioni sono tenute a dare attuazione al diritto dell'Unione “nelle materie di loro competenza” e rientra nell'ambito applicativo dell'art. 40 della stessa legge, il cui co. 1 obbliga, in specie, Regioni e Province autonome “al recepimento delle direttive europee”⁸¹ – di tal ché, forse, non potrebbe *a priori* escludersi un'attuazione coordinata, peraltro prevista dal legislatore statale all'art. 40, co. 4, della citata l. 234/2012.

Il sottile, ma decisivo mutamento argomentativo operato dalla Consulta sembra invece precludere quest'ultima strada; accosta difatti la violazione, da parte della legge regionale, del parametro sostanziale di diritto dell'Unione all'esigenza di procedere alla regolazione unitaria dell'intera materia a livello statale. Afferma in effetti la Corte che la previsione di un indennizzo a carico del titolare uscente influisce “all'evidenza”⁸² “sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso”; interesse, questo, da ritenersi “prioritario”. È su quest'equiparazione che la Corte costruisce il passaggio finale del suo ragionamento, col quale dismette l'argomento formulato dalla Regione: “anche a voler ipotizzare, in linea del tutto astratta, che le disposizioni in questione siano riconducibili alla materia ‘governo del territorio’, in quanto funzionali, come affermato dalla Regione, a obiettivi di ‘federalismo demaniale’, dev'essere ribadito che, secondo il costante orientamento di questa Corte, le norme che stabiliscono i criteri

⁸⁰ Prima dell'entrata in vigore della l. 234/2012, non era infrequente in dottrina la riflessione per cui lo Stato non di rado scarica sugli enti sub-statali competenti la responsabilità per l'(in)adempimento del diritto dell'Unione (P. ZUDDAS, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, Padova, 2010, p. 156 ss.) riscontrandosi, dall'altro lato, una certa discontinuità nell'adempimento da parte delle Regioni stesse (C. Odone, *Regioni e diritto comunitario: il quadro delle norme di procedura e l'attuazione regionale delle direttive CE*, in *Istituzioni del federalismo*, 2007, p. 327 ss., spec. p. 347 ss.). La nuova legge ha inteso rafforzare gli strumenti procedurali di raccordo fra i due livelli (S. RIZZIOLI, *Art. 40. Recepimento delle direttive europee da parte delle regioni e delle province autonome*, in L. COSTATO, L. S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla Legge 24.12.2012 n. 234: norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 354 ss.). La linea intrapresa dalla Corte costituzionale sembra voler mettere pressione sul decisore statale per una regolazione unitaria della materia.

⁸¹ Cfr. M. TOMASI, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell'orizzonte sovranazionale europeo*, in *federalismi.it*, 4 marzo 2020, p. 231 ss., spec. p. 265 ss.

⁸² Sentenza 222/2020, par. 3.3, considerato in diritto.

e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono riconducibili alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.; in siffatta competenza esclusiva, le pur concorrenti competenze regionali trovano così un limite insuperabile⁸³.

Una tale risposta non offre un argomento contrario a quello per cui le Regioni avrebbero titolo a regolare la materia in via concorrente: semplicemente ribadisce la linea precedente, che però si basava su una presunta sovrapposibilità fra i due parametri formale e sostanziale, individuati rispettivamente dall'art. 117, co. 1, e dall'art. 117, co. 2, lett. e) della Costituzione. Venuta meno tale presunzione, quella medesima linea non pare potersi sostenere con identica, affilata sicurezza; una sicurezza che, tuttavia, non abbandona punto l'argomentazione dei giudici della Consulta.

La Corte costituzionale esclude dunque ogni possibilità di intromissione, da parte delle Regioni, nell'attuazione del diritto dell'Unione quanto alla materia delle concessioni balneari turistiche: benché l'art. 12, par. 3, della "direttiva Servizi" preveda la possibilità di tutelare l'affidamento del titolare uscente, ciò "non permette, in sé solo, alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell'ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze"⁸⁴ – occupando invece, il diritto dell'Unione, una posizione laterale⁸⁵.

6. Con questa pronuncia la Corte abbandona il parametro di cui all'art. 117, co. 1, Cost. per fondare sul solo diritto interno il monopolio del legislatore statale quanto alla disciplina delle concessioni balneari a scopo turistico; e ciò anche se la pedissequa riproduzione delle disposizioni di diritto dell'Unione si abbina a una proroga sostanzialmente indefinita della situazione di fatto e di diritto ad essa antecedente, sicché la normativa interna sostanzialmente risulti in violazione del diritto dell'Unione. Nondimeno, l'ancoraggio autarchico imposto dalla Consulta, che preclude sul piano formale ogni forma di coesistenza tra diritto regionale e diritto statale, resta privo di sostegno sul piano sostanziale; rimangono dunque scoperte, in attesa di una riconsiderazione complessiva dell'intera materia, le posizioni giuridiche degli interessati⁸⁶. Di qui, allora, la sparizione del parametro relativo all'adempimento degli "obblighi comunitari", di carattere sostanziale, e l'assunzione di responsabilità politica cui il legislatore è chiamato: non pare, oggi, ulteriormente rimandabile l'esigenza di risistemare in modo coerente ed uniforme una materia che si trascina incompiuta da oltre un decennio⁸⁷.

⁸³ *Ivi*, par. 3.4, considerato in diritto.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Su analogo percorso pare incamminarsi una recente pronuncia del Consiglio di Stato, contemporanea a quella della Corte costituzionale qui in commento: Consiglio di Stato, V sez., 26 ottobre 2020, n. 6472, su cui C. FELIZIANI, *Proroga al 2050 di una concessione demaniale marittima. Quid iuris della direttiva servizi e dei principi di concorrenza e non discriminazione?* (Nota a Cons. Stato, V sez., 26 ottobre 2020 n. 6472), in corso di pubblicazione in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.

⁸⁶ Sulla necessaria "democratizzazione della regola di concorrenza" in tale ambito M. C. GIRARDI, *op. cit.*, p. 229.

⁸⁷ G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 23 settembre 2020, p.

Si è sostenuto in apertura che il pluralismo su cui si regge l'architettura europea consente a ciascuno Stato di sospendere l'applicazione di una norma di diritto dell'Unione e di far leva sul dovere di leale cooperazione imposto alle istituzioni e a tutti gli Stati membri per ricercare soluzioni politiche condivise. Nondimeno, la lealtà che si chiede agli attori del processo decisionale europeo occorre, del pari, esser pronti ad offrirla, in nome di quell'eguaglianza fra Stati e popoli che anima il percorso comune europeo. Porre la questione all'ordine del giorno sul tavolo delle riforme nazionali, e sforzarsi di mediare fra le parti in gioco per rinvenire una soluzione pacificatrice, è condizione indefettibile perché possa giustificarsi la disapplicazione temporanea del diritto dell'Unione. La sentenza in commento, allora, si spiega forse con la volontà di non lasciare più alibi al legislatore statale, che deve farsi carico, qui e ora, di districare il groviglio di posizioni giuridiche meritevoli di tutela che ingombra la materia delle concessioni balneari turistiche⁸⁸. Una questione spinosa, ove l'interesse pubblico è vaso di coccio tra vasi di ferro: da un lato la pressione esercitata dalle istituzioni dell'Unione, dall'altro quella proveniente dalle associazioni di categoria, legittimamente costitutesi a difesa dei propri interessi⁸⁹.

L'auspicio è che il diritto dei cittadini a un'accorta gestione di un bene come il litorale, più volte ascritto alla multiforme categoria dei "beni comuni"⁹⁰ nonché, peraltro, segno distintivo dell'Italia nel mondo, ne esca valorizzato e non svilito. Spetta al legislatore statale assumere su di sé la responsabilità non solo di trovare l'accordo tra i contendenti, ma di individuare una linea di compromesso "al rialzo" che, con acume e lungimiranza, rimetta in asse i "cerchi" dell'integrazione⁹¹, in vista di una miglior tutela dei diritti e interessi in gioco.

Abstract

Beach Concessions for Touristic Purposes: It Is for the National Legislator to Solve the Conflict between European Union Law and the Domestic Legal Order

The long-lasting *saga* of the Italian beach concessions enters another stage before the Constitutional Court. The legislative provisions issued by *Regione Veneto* are held in breach of Article 117, para. 2, lit. e) of the Constitution: they are stricken down for a pro-

24 ss.

⁸⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni* (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019), in *Dirittifondamentali.it*, 14 maggio 2019, p. 1 ss., spec. p. 5.

⁸⁹ Si consulti il sito www.mondobalneare.com.

⁹⁰ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2014, p. 63 ss.

⁹¹ 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. 25 ss.

cedural reason, namely the interference with a subject-matter labelled as ‘protection of the free competition’ which falls within the exclusive domain of the State’s legislation. The substantive criterion, enshrined in Article 117, para. 1, of the Constitution – according to which the State’s and Regions’ legislation must comply with the duties stemming from the EU legal order – though vastly used in prior cases, has gradually been marginalised in the Constitutional Court’s case-law and looks conspicuous for its absence in this last judgment. The Italian Constitutional Court apparently wishes to leave the State with the exclusive power to legislate on this intricate subject-matter on a uniform, nation-wide basis, and sets aside the issue of the national law’s compliance with EU law. Nevertheless, as attested to by the new infringement procedure launched against Italy on December 3rd, 2020, by the Commission, the latter point, too, is far from uncontroversial.

Rosa Stella De Fazio*

La riforma della PAC post-2020 ed il ruolo delle Regioni italiane nella fase “ascendente” del diritto dell’Unione europea: una prospettiva dalla Regione Puglia**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo delle Regioni nella fase “ascendente” del diritto europeo alla luce della legge 234/2012. – 3. La centralità delle Regioni nell’applicazione della legge 234/2012. – 4. Il contributo della Regione Puglia all’attuazione della legge 234/2012. – 5. La riforma della PAC per il periodo 2021-2027. Il quadro normativo di riferimento e il lungo processo per l’adozione dei regolamenti. – 6. Il contributo delle Regioni e delle Province autonome al dibattito sulla riforma della PAC post-2020. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Con l’emanazione della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (“l. 234/2012”)¹, il legislatore nazionale ha sostituito la legge 4 febbraio 2005, n. 11 (“l. 11/2005”)²,

* Dottore di ricerca e *doctor europaeus* in Diritto dell’Unione europea dell’Università degli studi di Napoli “Federico II”.

** Il presente contributo è il risultato di una ricerca svolta con il finanziamento di un assegno della Regione Puglia e la supervisione scientifica della prof.ssa Susanna Cafaro su “La partecipazione delle Regioni alla definizione e attuazione del diritto e delle politiche europee: analisi comparata dei sistemi in vigore nei principali Paesi europei, identificazione di buone pratiche, applicazione concreta per la Regione Puglia”.

¹ Legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea”. La legge, che è una delle tre fonti normative di riferimento per l’attività europea delle Regioni e del sistema delle Regioni, assieme alle leggi 52/1996 e 131/2003, si compone di 61 articoli, distribuiti in nove Capi. La “Partecipazione delle regioni, delle province autonome e delle autonomie locali al processo di formazione degli atti dell’Unione europea” è disciplinata negli articoli da 22 a 27. Per la letteratura sul tema, vedasi *inter alia*: C. FAVILLI, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione delle politiche dell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 701 ss.; L. S. ROSSI, *Una nuova legge per l’Italia nell’Ue*, in *Affarinternazionali*, 18 febbraio 2013, reperibile online; R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. Odone, M. RICCIARDELLI, *L’attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, in *Istituzioni del federalismo*, numero speciale 2015, p. 9 ss.; G. MORGESSE, *La partecipazione degli enti territoriali italiani ai processi decisionali dell’Unione Europea*, in E. TRIGGIANI, A. M. NICO, M. G. NACCI, *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, Bari, 2018, p. 91 ss.

² Legge 4 febbraio 2005, n. 11, recante “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”.

introducendo nuove regole concernenti diversi profili relativi alla modalità di intervento del Parlamento, del Governo, delle Regioni e degli Enti locali sia nella formazione del diritto europeo (“fase ascendente”)³, sia nell’adempimento degli obblighi derivanti dall’applicazione del diritto europeo nel nostro ordinamento (“fase discendente”)⁴, quest’ultimo quando sia necessario l’intervento degli organi nazionali in ragione del carattere non *self-executing* della normativa europea. A tal fine si consideri che la maggior parte delle modifiche apportate dalla legge in esame al quadro normativo è il risultato della valorizzazione del contributo al processo di integrazione europea esercitato dai Parlamenti nazionali⁵ principalmente tramite la partecipazione di questi alla fase “ascendente”⁶.

³ Per quanto concerne le Regioni la fase “ascendente” riguarda la partecipazione di queste alla fase preparatoria della legislazione europea e si esplica nel coinvolgimento degli organismi regionali in tutte le fasi di elaborazione e attuazione delle politiche europee. Per una trattazione sistematica sul punto ci si rifaccia *inter alia* a: R. MASTROIANNI, *Il contributo delle Regioni italiane all’elaborazione del diritto dell’Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Regioni ed autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo (X Convegno Sidi)*, Napoli, 2006, p. 169 ss.; S. PANIZZA, E. STRADELLA, *Diritto pubblico*, Rimini, 2013, p. 264 ss.; nonché P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 469 ss.; e R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 876 ss.

⁴ A questo proposito vale la pena di ricordare che la nuova disciplina della fase “discendente” ha previsto uno sdoppiamento degli strumenti cardine per assicurare l’adempimento nel nostro ordinamento degli obblighi relativi all’attuazione del diritto UE: la legge di delegazione europea e la legge europea (artt. 29-30, l. 234/2012). La *ratio* di questa modifica è nell’esigenza di “alleggerire” il contenuto dello strumento di adeguamento principale, ovvero la legge di delegazione europea che, ai sensi dell’art. 30 della l. 234/2012, contiene le disposizioni di deleghe legislative necessarie per il recepimento delle direttive e degli altri atti dell’Unione europea che devono essere recepiti nell’ordinamento italiano. La legge europea è invece destinata a contenere le disposizioni necessarie ad assicurare: l’attuazione di atti dell’Unione o di trattati internazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell’Unione, l’abrogazione (o la modifica) di norme statali oggetto di una sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea perché in contrasto con gli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea o oggetto di una procedura d’infrazione nei confronti dell’Italia o in contrasto con gli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea. Inoltre, sebbene la l. 234/2012 preveda che la Conferenza Stato-Regioni, per le materie di sua competenza, possa recepire direttamente le direttive europee, la legge europea contiene i presupposti per l’esercizio del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni. Ciò è valido in caso di inerzia nell’attuazione e degli atti normativi europei nelle materie di competenza regionale e nell’esecuzione degli accordi internazionali e degli accordi dell’Unione europea, che si esplicita con il provvedimento diretto da parte dello Stato (l. 234/2012, articoli 29 e 40-41), come d’altronde sancito nel titolo V della Costituzione. Con le nuove disposizioni la l. 234/2012 ha pertanto abrogato il principale strumento deputato ad assicurare la conformità del nostro ordinamento a quello dell’Unione, la c.d. “legge comunitaria”, introdotto per la prima volta dalla l. 9 marzo 1989, n. 86, recante “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari” (“legge La Pergola”). L’obiettivo del legislatore italiano è stato con tutta evidenza quello di ovviare ai ritardi nella sua approvazione, che erano essenzialmente determinati dall’inserimento al suo interno di contenuti ulteriori rispetto al conferimento di delega legislativa ed hanno spesso causato l’avvio di procedure di infrazione nei confronti dell’Italia (sul punto vedasi R. MASTROIANNI, *L’attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2018, p. 100 ss.).

⁵ Cfr. U. VILLANI, *Un maggior controllo del Parlamento può ridurre il cosiddetto “deficit democratico”*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 4, p. 63 ss.

⁶ Vedasi il contributo di G. RIVOSECCHI, *La partecipazione dell’Italia alla formazione e attuazione della normativa europea. Il ruolo del Parlamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 463 ss., per quanto concerne il ruolo del Parlamento italiano alle fasi “ascendente” e “discendente” di formazione del diritto europeo. Con riferimento all’ordinamento italiano, per P. BILANCIA, *Il crescente coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea. In particolare sul controllo di sussidiarie-*

Ciononostante, l'intervento del legislatore è stato ampiamente determinato anche dall'esigenza di rendere più efficaci ed efficienti i meccanismi di partecipazione delle Regioni e Province autonome alla formazione degli atti normativi europei. Ciò è in linea con un'accresciuta valorizzazione e con un rafforzamento del ruolo e dei poteri delle Regioni e, più in generale, delle autonomie locali, riscontrabile nella tendenza a favore del decentramento e del federalismo previsti dal Trattato di Lisbona⁷ e confermati dalla Costituzione italiana. Con riferimento alla formazione del diritto europeo, è noto difatti che l'art. 117, co. 5, Cost. dispone che “Le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, nelle materie di loro competenza [esclusiva e concorrente], partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari”, seppur “nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato”⁸.

Alla luce di tali premesse, l'analisi converge sul “sistema delle Conferenze”, ovvero sui meccanismi di partecipazione contemplati dalla l. 234/2012 dei rappresentanti delle Regioni e Province autonome nella Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (“Conferenza delle Regioni”) e nella Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (“Conferenza Stato-Regioni”)⁹, in particolare nella sessione europea di quest'ultima¹⁰. Com'è noto, questa è difatti la sede principale in cui il Governo riferisce – su

tà nell'area di sicurezza, libertà e giustizia, in P. BILANCIA (a cura di), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Torino, 2016, p. 1 ss., il ruolo del Parlamento è riscontrabile nella possibilità che, nel corso delle consultazioni effettuate dalla stessa Istituzione ai fini di determinare le posizioni da assumere in sede europea, il Governo riceva la richiesta di una “riserva di esame parlamentare” ex art. 10 della l. 234/2012. Trattasi di una riserva che il Governo potrà sollevare in seno al Consiglio dei ministri, con l'effetto di sospendere la propria possibilità di esprimersi in sede europea fino a quando le Camere non abbiano completato lo scrutinio sull'atto (proposta) oggetto di riserva (p. 6).

⁷ Il riferimento è *in primis* alle disposizioni che esplicitamente tutelano il sistema delle autonomie locali, come l'art. 4, par. 2, TUE, il quale dispone che l'Unione “rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale (...), compreso il sistema delle autonomie locali e regionali”, sebbene secondo R. MASTROIANNI, *Il contributo delle Regioni italiane*, “questa formulazione appare dimostrare l'intenzione (...) di garantire agli enti territoriali una forma di garanzia di rispetto delle loro prerogative (...), mentre nessun riferimento esplicito viene effettuato ad un coinvolgimento più maturo delle Regioni nella gestione concreta delle attività comunitarie” (p. 185). Inoltre, il riferimento è all'art. 5, par. 3, co. 1, TUE in materia di principio di sussidiarietà, in base al quale nei settori non di competenza esclusiva dell'Unione, questa interviene “soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in maniera sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale”. In secondo luogo, l'importanza delle autonomie locali sembrerebbe emergere dal c.d. principio di prossimità, in virtù del quale le decisioni devono essere adottate “il più vicino possibile ai cittadini” (articoli 1, par. 2, e 10, par. 3, TUE).

⁸ Art. 117 Cost., sul riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni come modificato dall'art. 3 l. cost. n. 3 del 2001.

⁹ La Conferenza Stato-Regioni è la sede collegiale utile a favorire la cooperazione tra l'attività dello Stato e quella delle Regioni e delle Province autonome. Essa rappresenta la sede privilegiata della negoziazione politica tra le amministrazioni centrali e quelle regionali, in cui il Governo acquisisce l'avviso delle Regioni in relazione agli indirizzi governativi di politica generale incidenti sulle materie di competenza regionale, ad esclusione degli indirizzi di politica estera, della difesa e sicurezza nazionale e della giustizia. È composta dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Ministro per gli affari regionali, dai Presidenti di tutte le Regioni italiane e le Province autonome, eventualmente dai Ministri interessati agli argomenti iscritti all'ordine del giorno e dai rappresentanti di amministrazioni dello Stato e di enti pubblici e la sua cadenza è, di norma, quindicinale.

¹⁰ La l. 234/2012 prevede che il Presidente del Consiglio dei ministri convochi la sessione europea della Conferenza Stato-Regioni e Province autonome almeno una volta ogni quattro mesi o su richiesta

richiesta della stessa Conferenza – prima delle riunioni del Consiglio UE sulle proposte e le materie di competenza regionale, illustrando la posizione governativa (art. 28, co. 9), e in cui gli stessi rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome possono fornire indirizzi al Governo rispetto all’elaborazione e all’attuazione degli atti europei che le riguardano (art. 22, co. 2).

A seguito di una ricostruzione sistematica del quadro normativo inerente i rapporti tra l’ordinamento giuridico italiano e quello dell’Unione europea nel processo di formazione del diritto europeo, sul quale la l. 234/2012 ha impattato significativamente¹¹, farà oggetto della presente analisi il ruolo esercitato negli ultimi anni dalle Regioni e dagli enti locali in tale processo¹². Un *focus* particolare sarà posto sul procedimento di formazione dei regolamenti europei¹³ di riforma della politica agricola comune (“PAC”)¹⁴, in merito al quale la Regione Puglia ha esercitato il ruolo di coordinamento della Commissione politiche agricole in seno alla Conferenza delle Regioni.

2. La l. 234/2012 disciplina prevalentemente al capo IV le modalità di partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alle decisioni relative alla formazione di atti normativi dell’UE, prevedendo che la sede di principale discussione delle problematiche di interesse regionale rispetto alle politiche europee sia la sessione europea della Conferenza Stato-Regioni¹⁵. Nel formulare tale disposizione il

delle Regioni e delle Province autonome, informando tempestivamente le Camere sui risultati emersi da tale sessione (art. 22, co. 1).

¹¹ Vedasi I. INGRAVALLO, *La partecipazione delle Regioni e delle Province autonome italiane alla formazione del diritto europeo dopo la l. 234/2012*, in L. GAROFALO (a cura di), *I poteri esteri delle Regioni*, Napoli, 2013, p. 39 ss.

¹² Ci si rifaccia a I. INGRAVALLO, *Recenti sviluppi in tema di partecipazione regionale alla fase ascendente del diritto europeo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, p. 857 ss., per talune considerazioni attinenti al rapporto di autonomia, ma allo stesso di correlazione, che intercorre tra le due fasi (“ascendente” e “discendente”), coinvolgendo i medesimi soggetti all’interno dell’ordinamento statale; inoltre, sul contributo che l’effettivo coinvolgimento dei Parlamenti nazionali e degli enti territoriali alle scelte compiute dagli Stati membri nella fase ascendente di formazione del diritto europeo svolge anche sulla semplificazione della successiva fase discendente, laddove anche questi organi ed enti sono chiamati a dare attuazione al diritto europeo (p. 858).

¹³ Il riferimento è alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2018)392 finale recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell’ambito della politica agricola comune e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (“FEAGA”) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (“FEASR”) e che abroga il regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio (“proposta di regolamento sui piani strategici della PAC”); alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2018)393 finale sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune e che abroga il regolamento (UE) n. 1306/2013 (“proposta di regolamento orizzontale”); e alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2018)394 finale che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l’etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati, (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell’agricoltura a favore delle regioni ultra-periferiche dell’Unione e (UE) n. 229/2013 recante misure specifiche nel settore dell’agricoltura a favore delle isole minori del Mar Egeo (“proposta di regolamento sui mercati dei prodotti agricoli”).

¹⁴ Secondo la definizione del Ministero per le politiche agricole, alimentari e forestali, la PAC rappresenta l’insieme delle regole che l’Unione europea, fin dalla sua nascita, ha inteso darsi riconoscendo la centralità del comparto agricolo per uno sviluppo equo e stabile dei Paesi membri.

¹⁵ *Supra*, nota 10.

legislatore italiano ha rimesso a tale sede la trattazione degli aspetti delle politiche dell’Unione di interesse regionale e provinciale, al fine di garantire un legame più stretto tra le politiche nazionali e le realtà locali attraverso un raccordo tra le linee della politica nazionale concernente la fase ascendente di formazione degli atti dell’Unione con le esigenze delle Regioni e delle Province autonome nelle materie di rispettiva competenza (art. 22).

In particolare, si rammenta che il Dipartimento per le politiche europee (“Dpe”)¹⁶ della Presidenza del Consiglio dei ministri deve assicurare alle Regioni una tempestiva informazione per quanto concerne gli atti legislativi dell’UE relativi a materie di competenza regionale¹⁷. A tal fine il Presidente del Consiglio o il Ministro per gli affari europei trasmette, contestualmente alla loro ricezione, i progetti e gli atti legislativi dell’Unione europea relativi a materie di competenza regionale alla Conferenza delle Regioni per l’inoltro alle Giunte e ai Consigli regionali e delle Province autonome (art. 24, co. 1).

Le stesse Regioni, entro 30 giorni dalla data di ricevimento di tali atti, possono produrre osservazioni al Presidente del Consiglio o al Ministro per gli affari europei dandone comunicazione alle Camere, alla Conferenza delle Regioni e alla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome (“Conferenza dei Presidenti”)¹⁸ (art. 24, co. 3). Soprattutto le Regioni si riuniscono in riunioni tecniche interregionali per redigere una bozza di documento di posizione, poi approvato nella sede politica delle Commissioni della Conferenza delle Regioni e discusso in Conferenza delle Regioni. Una volta approvato, il Presidente della Conferenza delle Regioni invia questo provvedimento al Dpe. Allo stesso tempo, i Ministeri interessati formulano una loro posizione, che inviano al Dpe: la posizione delle Regioni concorre alla posizione nazionale, che il Dpe deve rappresentare in Consiglio UE.

A tal fine si riuniscono in riunioni tecniche miste Stato-Regioni (c.d. “gruppi misti”) i rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome per definire la posizione italiana in sede UE, d’intesa con il Ministero per gli affari esteri e la cooperazione internazionale e Ministeri competenti (art. 24, co. 7). Nel caso di un progetto di atto normativo europeo riguardante una materia attribuita alla competenza legislativa delle Regioni e su richiesta di una o più Regioni, il Presidente del Consiglio o il Ministro degli esteri convoca poi entro trenta giorni la Conferenza Stato-Regioni¹⁹ per il raggiungimento dell’intesa²⁰ ex d.lgs. 281/1997 (art. 24, co. 4).

La l. 234/2012 stabilisce che, nei casi di cui al co. 4 e su richiesta della Conferenza Stato-Regioni, il Governo può apporre una riserva di esame in sede di Consiglio

¹⁶ Ai sensi dell’art. 18 della l. 234/2012, il Dipartimento per le politiche europee coordina le politiche derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea e l’attività di adattamento della normativa nazionale agli obblighi derivanti dalla stessa appartenenza all’Unione.

¹⁷ *Supra*, nota 1, art. 24, co. 2.

¹⁸ Secondo il suo Statuto, reperibile *online*, “la Conferenza è organismo di valorizzazione del ruolo istituzionale delle Assemblee delle Regioni e delle Province autonome e sede di coordinamento e scambi di esperienze per le attività di interesse delle Assemblee legislative” (art. 2).

¹⁹ Si ricorda a tale proposito che la Presidenza della Conferenza Stato-Regioni è affidata al Presidente del Consiglio dei ministri o su sua delega, ove nominato, al Ministro per gli affari regionali e le autonomie.

²⁰ Si consideri che tutti i provvedimenti discussi in sede di Conferenza Stato-Regioni possono essere oggetto di pareri, intese, deliberazioni, accordi, raccordi, informazioni e collaborazioni Stato-Regioni, interscambio di dati e informazioni, con l’istituzione di comitati e gruppi di lavoro, designazioni di rappresentanti regionali.

dell'UE (art. 24, co. 5) comunicandolo alla Conferenza Stato-Regioni, e l'*iter* legislativo potrà continuare solo dopo lo scioglimento di detta riserva. Il Governo può procedere nell'*iter* legislativo: in mancanza di pronuncia della Conferenza, decorsi 30 giorni dalla predetta comunicazione (art. 24, co. 5); ovvero in mancanza di osservazioni pervenute dalle Regioni entro il termine indicato nell'atto di trasmissione di progetti o entro il giorno precedente alla discussione in sede UE (art. 24, co. 6).

Il Presidente del Consiglio o il Ministro per gli affari europei infine informa: le Regioni e le Province, tramite la Conferenza delle Regioni, sulle proposte e le materie di competenza regionale all'o.d.g. delle riunioni del Consiglio dell'UE (art. 24, co. 8); la Conferenza Stato-Regioni, prima delle riunioni del Consiglio europeo, sulle proposte e le materie di competenza regionale, illustrando la posizione governativa (art. 28, co. 9). Inoltre, il Governo riferisce alla Conferenza Stato-Regioni, su richiesta della stessa, prima delle riunioni del Consiglio UE, nella già citata sessione europea, sulle proposte e le materie di competenza regionale, illustrando la posizione governativa (art. 28, co. 9).

Il Presidente del Consiglio o il Ministro per gli affari europei informa altresì le Regioni e le Province autonome, tramite la Conferenza delle Regioni, sugli esiti del Consiglio europeo e del Consiglio UE per le materie di loro competenza entro 15 giorni dagli stessi (art. 28, co. 10).

3. Da quanto rilevato emerge dunque che la l. 234/2012, per quanto riguarda le Regioni e le Province autonome, ha riformato la disciplina dell'informazione, le modalità di partecipazione e codecisione nei processi decisionali europei, nonché il recepimento della legislazione europea e il conseguente adeguamento degli ordinamenti regionali. Ai fini di un'analisi più puntuale, vengono esaminate di seguito le principali novità e le modifiche che riguardano la Conferenza delle Regioni rispetto alle previsioni della l.11/2005²¹, che hanno permesso una più effettiva interazione tra Regioni, Stato e Unione europea.

In primis la l. 234/2012 ha rafforzato la presenza del Presidente della Conferenza nel Comitato interministeriale per gli affari europei (CIAE)²² sostituendo la previsione “*può chiedere di partecipare*” della l. 11/2005 con “*partecipa*”²³ ed ha disciplinato la possibilità per il Dpe di avvalersi di un massimo di sei unità di personale delle Regioni e delle Province autonome per le proprie attività²⁴. Trattasi di una previsione che ha introdotto un'interessante possibilità d'interazione tra Regioni e Dpe²⁵, già sperimentato attraverso il coinvolgimento di personale esperto di provenienza regionale presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione

²¹ *Supra*, nota 2.

²² Ai sensi dell'art. 2 della l. 234/2012, il Comitato interministeriale per gli affari europei è un organismo che opera presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con l'obiettivo di concordare le linee politiche del Governo nel processo di formazione della posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti dell'Unione europea (co. 1). Una volta definite in sede CIAE le linee generali, le direttive e gli indirizzi sono comunicati al Dipartimento politiche europee, che predispone la definizione unitaria della posizione italiana da rappresentare successivamente, d'intesa con il Ministero degli affari esteri, in sede di Unione europea.

²³ Art. 2, l. 234/2012.

²⁴ *Ivi*, art. 2, co. 8.

²⁵ Così R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. Odone, M. RICCIARDELLI, *op. cit.*, p. 34 ss.

europea previsto dalla legge comunitaria 1994²⁶. La l. 234/2012 ha stabilito inoltre nuove modalità di nomina dei membri della delegazione italiana al Comitato delle Regioni (CdR), prescrivendo che la proposta dei membri titolari e dei membri supplenti, spettanti all'Italia in base all'art. 305 TFUE, venga effettuata dal Presidente del Consiglio dei ministri al Consiglio dell'Unione europea²⁷. Nel dettaglio, le nomine dei rappresentanti regionali sono elaborate in seno alla Conferenza delle Regioni e alla Conferenza dei Presidenti, mentre le nomine dei rappresentanti delle autorità locali sono avanzate dalle Associazioni rappresentative degli Enti locali²⁸.

Quanto ai criteri di tale proposta, questi sono definiti con d.P.C.M. – per assicurare la rappresentanza delle assemblee legislative regionali, nonché la corrispondenza tra ciascun membro titolare e il rispettivo supplente²⁹ – adottato d'intesa³⁰ con la Conferenza unificata³¹ ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 281/1997³². In caso di decadenza di uno dei membri durante il proprio mandato, l'art. 27 prevede infine che l'indicazione del suo sostituto sia comunicata dall'organismo competente al Dipartimento per gli affari regionali della Presidenza del Consiglio dei ministri ai fini della proposta al Consiglio dell'Unione europea³³. Una maggiore interazione tra Regioni e Stato è inoltre ravvisabile nella possibilità che le Regioni e le Province autonome possano inviare osservazioni sui progetti di atti normativi dell'Unione direttamente al Ministro per gli affari europei dandone semplice comunicazione alle Camere, alla Conferenza delle Regioni e alla Conferenza dei Presidenti³⁴, invece di passare per il vaglio delle Conferenze, con la contestuale estensione dei termini per l'invio delle predette osservazioni da venti a trenta giorni³⁵.

Infine, con un'accezione maggiormente inclusiva e partecipativa, la legge ha rinominato “gruppi di lavoro”³⁶ i “tavoli di coordinamento nazionali”³⁷ incaricati

²⁶ Art. 58, l. 6 febbraio 1996, n. 52, recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee” (“Legge comunitaria 1994”).

²⁷ Art. 27, co. 1, l. 234/2012.

²⁸ Il riferimento è all'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), all'Unione delle Province d'Italia (UPI) e all'Unione nazionale dei comuni, comunità ed enti montani (UNCCEM).

²⁹ Quanto alla ripartizione e nomina della Rappresentanza italiana, dei 21 membri effettivi 14 devono essere rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome (tra questi, 4 devono essere rappresentanti delle assemblee legislative) e 7 rappresentanti dei Comuni. Dei 19 membri supplenti, invece, 9 devono essere rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome (tra questi, 4 devono essere rappresentanti delle assemblee legislative) e 10 rappresentanti dei Comuni: v. Consiglio regionale della Lombardia, *Il Comitato europeo delle Regioni*, settembre 2019, www.consiglio.regione.lombardia.it.

³⁰ Art. 27, co. 2, l. 234/2012.

³¹ La Conferenza unificata è costituita dalla Conferenza Stato-Regioni e dalla Conferenza Stato-Città ed autonomie locali (“Conferenza Stato-città”) che si riunisce almeno due volte al mese e rappresenta la sede in cui Regioni, Province e Comuni sono chiamate a esprimersi su tematiche d'interesse comune. È presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri o, su sua delega, dal Ministro per gli affari regionali ove nominato e ne fanno parte il Ministro dell'economia e finanze, il Ministro delle infrastrutture, il Ministro della salute, il Presidente della Conferenza delle Regioni, il Presidente dell'ANCI e il Presidente dell'UPI.

³² D.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, recante “Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano e d'unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali”.

³³ Art. 27, co. 4, l. 234/2012.

³⁴ *Ivi*, art. 24, co. 3.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, art. 19, co. 4.

³⁷ Art. 5, co. 7, l. 11/2005.

di preparare con riguardo a specifiche tematiche i lavori del Comitato tecnico di valutazione degli atti dell'Unione europea a sua volta istituito presso il Dpe della Presidenza del Consiglio dei ministri³⁸ per coordinare, nel quadro degli indirizzi del Governo, la predisposizione della posizione italiana nella fase di formazione degli atti normativi dell'Unione³⁹. Quanto al ruolo delle Regioni, la l. 234/2012 ha confermato l'integrazione del Comitato tecnico di valutazione con un rappresentante di ciascuna Regione e Provincia autonoma indicato dal rispettivo Presidente, per gli ambiti di competenza degli Enti locali, da rappresentanti indicati dalle Associazioni rappresentative degli Enti locali⁴⁰, nel caso della trattazione di materie che interessano le Regioni e le Province autonome⁴¹.

4. Dai rilievi svolti emergono solo taluni dei numerosi elementi di novità introdotti in via di prassi dalla l. 234/2012 per le Regioni e le Province autonome italiane, con particolare riguardo agli aspetti partecipativi alla fase “ascendente”⁴², ma nondimeno vi sono aspetti organizzativi interessanti per la partecipazione alla fase “discendente”⁴³, questi ultimi da espletarsi principalmente – ma non necessariamente – attraverso le leggi regionali di procedura. Bisogna constatare che, a nove anni dalla sua entrata in vigore, la l. 234/2012 ha permesso alle Regioni di assumere un ruolo prioritario come attori nel processo d'integrazione europea⁴⁴, soprattutto attraverso la predisposizione di meccanismi più efficaci ed efficienti⁴⁵ per mettere in pratica le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona a tutti i livelli del Governo, incluso quello regionale⁴⁶.

Allo stesso tempo, la l. 234/2012 ha confermato il rapporto sinergico con Governo e Parlamento, ad esempio con la consultazione dei Consigli e delle Assemblee regionali da parte delle Camere del Parlamento in fase di controllo del principio di sussidiarietà e proporzionalità riguardo ai progetti di atti legislativi dell'Unione⁴⁷. Un rapporto già anticipato dalla l. 11/2005, che aveva introdotto in via di prassi significative innovazioni d'interesse regionale, tra le quali il coin-

³⁸ Art. 19, co. 1, l. 234/2012.

³⁹ *Ivi*, art. 19, co. 2.

⁴⁰ *Supra*, nota 28.

⁴¹ Art. 19, co. 5, l. 234/2012.

⁴² *Supra*, nota 3.

⁴³ *Supra*, nota 4.

⁴⁴ Vedasi a proposito il recente articolo di C. PERATHONER, *Le “Regioni” nel diritto dell'Unione europea: limiti, potenzialità e visioni*, in *federalismi.it*, 2020, n. 7, p. 61 ss., in cui l'A. rende noto altresì che i fondi strutturali e d'investimento a sostegno delle politiche di coesione regionale costituiscono circa un terzo dell'intero bilancio dell'Unione, a conferma dell'importanza da queste rivestito nella *multi-level governance* dell'Unione europea (p.78 ss.). D'altro canto, si noti che la *multi-level governance* dei fondi strutturali fa per lo più riferimento ad una gestione condivisa dei programmi co-finanziati, a differenza della l. 234/2012, che invece si riferisce alla partecipazione di un atto legislativo dell'Unione europea o alla sua attuazione.

⁴⁵ Si pensi alla legge di delegazione europea e alla legge europea di cui all'art. 29 della l. 234/2012.

⁴⁶ Vedasi F. NELLI FEROCI, *Trattato di Lisbona e ruolo delle Regioni*, 2013, www.sussidiarieta.net, p. 9 ss., a proposito dei progressi verso un regionalismo istituzionale introdotti dal Trattato di Lisbona e di una *governance* inclusiva di Governi e legislatori regionali, riscontrabili nei rafforzati poteri del Comitato delle Regioni in termini sia di legittimazione a ricorrere davanti alla Corte di giustizia in presenza di atti ritenuti lesivi delle sue prerogative (art. 263, co. 2, TFUE), sia di attivazione di meccanismi di controllo sul rispetto della sussidiarietà da parte del legislatore dell'Unione (p. 10).

⁴⁷ Art. 8, l. 234/2012.

volgimento delle Regioni nel “dialogo” politico del Parlamento con le Istituzioni europee⁴⁸. Attività, queste, che trovano ora espressa previsione nella l. 234/2012, la quale – come rilevato – oltre a rendere più diretta la procedura di trasmissione delle osservazioni dalle singole Regioni al Governo ed estendere da venti a trenta giorni il termine per inviare le osservazioni al Governo sugli atti e sulle proposte di atti europei⁴⁹, rafforza gli obblighi informativi del Governo tanto verso le Regioni⁵⁰, in particolare nella fase “ascendente”, che verso il Parlamento⁵¹.

Quanto all’applicazione della l. 234/2012 da parte della Regione Puglia⁵², si segnala che nel 2012 la Regione Puglia è risultata assegnataria di un Progetto operativo di assistenza tecnica alle Regioni, denominato “Interventi a supporto delle politiche europee”, co-finanziato dal PON “Governance e Assistenza tecnica” a valere sul FESR 2007-2013: il Progetto ha permesso la costituzione di un Osservatorio regionale pugliese rivelatosi utile a mettere in luce le carenze della partecipazione pugliese alla formazione e attuazione del diritto UE, a seguito di un periodo di osservazione annuale⁵³. Successivamente, a pochi mesi all’entrata in vigore della legge nel 2013, la Regione ha avviato un ulteriore progetto di assistenza tecnica e capacità istituzionale, con risorse a valere sul FSE Puglia 2007-2013 asse VII, denominato “Programma integrato per il miglioramento delle performance delle amministrazioni della Regione Puglia”, mirato – anche in conseguenza delle rilevate criticità – a facilitare la partecipazione regionale alla definizione delle politiche e del diritto europeo ed alla sua attuazione⁵⁴.

Sul piano normativo, nel 2018 è stata approvata la l.r. 9 aprile 2018, n. 11⁵⁵ con la quale la Regione Puglia ha abrogato e sostituito la vecchia legge regionale in materia, ovvero la l.r. 28 settembre 2011, n. 24⁵⁶, recependo nel quadro normativo

⁴⁸ Art. 17, l. 11/2005.

⁴⁹ *Supra*, nota 34.

⁵⁰ Il capo IV della l. 234/2012, rubricato “Partecipazione delle regioni, delle province autonome e delle autonomie locali al processo di formazione degli atti dell’Unione europea”, prevede nell’ambito della partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alle decisioni relative alla formazione di atti normativi dell’Unione europea, di cui all’art. 24, un’informazione qualificata e tempestiva (co. 2) dei progetti di atti legislativi dell’Unione europea che rientrano nelle materie di competenza regionale da parte del Dpe nei confronti della Conferenza delle Regioni e della Conferenza dei Presidenti (co. 1).

⁵¹ Il capo II della l. 234/2012, rubricato “Partecipazione del Parlamento alla definizione della politica europea dell’Italia e al processo di formazione degli atti dell’Unione europea”, disciplina i vari aspetti della partecipazione del Parlamento al processo decisionale dell’Unione europea, a partire dalla consultazione e informazione del Parlamento (art. 4).

⁵² Sul punto vedasi M. FALCONE, *Il regionalismo italiano nel sistema decisionale europeo e l’esperienza internazionale della regione Puglia*, in IPRES-Puglia in cifre 2013-2014, Bari, 2014, p. 61 ss.

⁵³ Così G. MORGESE, *Le funzioni di rilievo sovranazionale e internazionale*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, I. LOIODICE, V. TONDI DELLE MURA, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Puglia*, Torino, 2016, p. 566.

⁵⁴ Il Programma, articolato in Linee e Azioni, prevedeva una Linea 1 denominata “La Puglia e le politiche europee” mirata a potenziare le strutture regionali maggiormente coinvolte dal recepimento e dall’attuazione della normativa europea, tramite la formazione del personale regionale e un modello organizzativo basato su di un’assistenza specialistica alle attività e alla redazione di atti regionali interessati dal recepimento della normativa europea (G. MORGESE, *Le funzioni di rilievo sovranazionale e internazionale*, cit., p. 566).

⁵⁵ Legge regionale 9 aprile 2018, n. 11, recante “Norme sulla partecipazione della Regione Puglia alla formazione e attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea”.

⁵⁶ Legge regionale 28 settembre 2011, n. 24, recante “Norme sulla partecipazione della Regione Puglia alla formazione e attuazione del diritto dell’Unione Europea”. Nonostante il titolo si riferisca sia

regionale le novità sul ruolo delle Regioni nelle fasi “ascendente” e “discendente” introdotte a livello nazionale dalla l. 234/2012 e a loro volta derivanti dagli obblighi previsti dal Trattato di Lisbona⁵⁷. La l.r. 11/2018 ha difatti riformulato le disposizioni regionali in materia di partecipazione della Regione Puglia alla formazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea⁵⁸, oltre a disciplinare le modalità di adeguamento dell’ordinamento regionale agli obblighi dell’Unione⁵⁹, assumendo come base giuridica i principi di sussidiarietà, di proporzionalità, di efficienza, di trasparenza e di partecipazione democratica, in conformità con la Costituzione⁶⁰, lo Statuto regionale⁶¹, la legge 5 giugno 2003, n. 131⁶² e la l. 234/2012⁶³.

Tra i principali strumenti per l’applicazione delle procedure previste dalla l. 234/2012 su scala regionale, la l.r. 11/2018 prevede la “Legge UE regionale”⁶⁴, un d.d.l. proposto dalla Giunta regionale al Consiglio regionale entro il 30 aprile di ogni anno al fine di garantire l’adeguamento dell’ordinamento regionale agli obblighi derivanti dagli atti normativi dell’UE o dalle sentenze della Corte di giustizia⁶⁵, oltre a riferire sullo stato di conformità della legislazione regionale alle disposizioni dell’UE e sullo stato delle eventuali procedure di infrazione a carico dello Stato per inadempienze imputabili alla Regione⁶⁶. Trattasi di uno strumento concreto di adattamento del diritto regionale al diritto europeo⁶⁷, con cadenza annuale⁶⁸, che consente alle strutture regionali di organizzare per tempo i dovuti approfondimenti tecnici per formulare le osservazioni della Regione sulle proposte di atti dell’Unione nelle materie di competenza regionale⁶⁹, contribuendo più ampiamente agli obiettivi di sistema cui tende la l. 234/2012⁷⁰.

alla fase ascendente che a quella discendente, solo quest’ultima è oggetto di una disciplina articolata, mentre quella ascendente è limitata agli artt. 2, 6, co. 2, e 7 (G. MORGESE, *Le funzioni di rilievo sovranazionale e internazionale*, cit., p. 564).

⁵⁷ *Supra*, nota 46.

⁵⁸ Art. 2, l.r. 11/2018.

⁵⁹ *Ivi*, art. 3.

⁶⁰ Art. 117, co. 3, 5, 9 Cost.

⁶¹ Art. 9, Statuto della Regione Puglia.

⁶² Legge 5 giugno 2003, n. 131, recante “Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”.

⁶³ *Supra*, nota 1.

⁶⁴ Art. 3, co. 2, l.r. 11/2018.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ivi*, art. 3, co. 3.

⁶⁷ L’art. 4 della l.r. 11/2018 specifica i “Contenuti della legge Ue regionale”: a) recepire gli atti normativi emanati dall’UE nelle materie di competenza regionale; b) dettare le disposizioni per l’attuazione delle sentenze della Corte di Giustizia e delle decisioni della Commissione europea che comportano obbligo di adeguamento per la Regione; c) contenere le disposizioni modificative o abrogative della legislazione regionale vigente necessarie all’attuazione o applicazione degli atti dell’UE di cui alle lettere a) e b); d) individuare gli atti normativi dell’UE alla cui attuazione o applicazione la Giunta regionale è autorizzata a provvedere con regolamento, dettando i relativi principi e criteri direttivi.

⁶⁸ Art. 3, co. 2, l.r. 11/2018.

⁶⁹ Art. 2, co. 1, l. 234/2012.

⁷⁰ Per un commento sulla programmazione politica dell’applicazione delle procedure previste dalla l. 234, già prevista dalle leggi regionali dell’Emilia-Romagna e dell’Abruzzo prima che dalla legge regionale della Puglia, vedasi R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. Odone, M. RICCIARDELLI, *op. cit.*, p. 45 ss.

5. Alla luce di tali premesse, risulta di particolare interesse lo studio delle proposte di regolamenti europei concernenti la riforma della PAC⁷¹, sui quali le Regioni italiane – tanto più la Regione Puglia, detenendo il Coordinamento della Commissione Politiche Agricole in seno alla Conferenza delle Regioni⁷² – hanno contribuito sostanzialmente in fase di definizione. Allo stesso tempo, rilevano i cambiamenti in atto nel rapporto tra Stato e Regioni nella programmazione nazionale in materia di PAC⁷³, che potrebbero avere come conseguenza un possibile svilimento del ruolo delle Regioni nella gestione dei relativi Fondi europei agricoli.

Allo stato attuale, bisogna tuttavia rilevare che i lunghi e complessi negoziati per l’adozione del pacchetto di regolamenti oggetto della riforma sono ben lungi dall’essere conclusi. I lavori sulla PAC post-2020 sono iniziati sotto la presidenza olandese del Consiglio, in occasione di una riunione informale dei Ministri agricoli europei e del Comitato speciale agricoltura svoltasi nel maggio 2016 e dedicata al futuro della PAC⁷⁴. Le successive Presidenze del Consiglio hanno proseguito tale percorso avviando una riflessione sulle principali sfide⁷⁵ da affrontare nell’ambito del settore agricolo, ma un significativo impatto sulla PAC – un’autentica mini-riforma della stessa, oltre che una semplificazione degli strumenti previsti dagli atti in vigore – si è registrato solo nel corso della revisione intermedia del quadro finanziario pluriennale (QFP) 2014-2020, con l’adozione da parte della Commissione di una proposta legislativa *omnibus*, la proposta di regolamento COM(2016)605⁷⁶. Successivamente, nel dicembre 2017, nell’ambito del regolamento (UE) 2017/2393⁷⁷ il Parlamento europeo ha presentato ulteriori emendamenti al fine *inter alia* di migliorare i meccanismi in vigore nel settore della PAC riguardo

⁷¹ *Supra*, nota 13.

⁷² Per maggiori informazioni e aggiornamenti sui lavori della Commissione ci si rifaccia al portale: www.regioni.it.

⁷³ Si ricorda a tal proposito che l’art. 39 TFUE stabilisce gli obiettivi specifici della PAC: incrementare la produttività dell’agricoltura, sviluppando il progresso tecnico e assicurando un impiego ottimale dei fattori di produzione, in particolare della manodopera; assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola; stabilizzare i mercati; garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; assicurare prezzi ragionevoli ai consumatori. Allo stesso tempo, la PAC contribuisce alla lotta ai cambiamenti climatici, alla promozione dello sviluppo sostenibile, alla creazione di posti di lavoro e alla crescita economica, che rappresentano alcune delle principali priorità dell’Unione europea.

⁷⁴ Fonte: www.consilium.europa.eu/it/meetings/agrifish/2016/05/30-31.

⁷⁵ Il riferimento è alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare, i cambiamenti climatici e le risorse idriche, la gestione dei rischi e il ruolo dei pagamenti accoppiati.

⁷⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2016, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell’Unione e che modifica il regolamento (CE) n. 2012/2002, i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n.1301/2013, (UE) n.1303/2013, (UE) n.1304/2013, (UE) n. 1305/2013, (UE) n. 1306/2013, (UE) n. 1307/2013, (UE) n. 1308/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) n. 283/2014, (UE) n. 652/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione (UE)n. 541/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2016)605 final.

⁷⁷ Regolamento (UE) n. 2017/2393 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2017, che modifica i regolamenti (UE) n. 1305/2013 sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), (UE) n. 1306/2013 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune, (UE) n. 1307/2013 recante norme sui pagamenti diretti agli agricoltori nell’ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e (UE) n. 652/2014 che fissa le disposizioni per la gestione delle spese relative alla filiera alimentare, alla salute e al benessere degli animali, alla sanità delle piante e al materiale riproduttivo vegetale.

all'ambito di azione delle organizzazioni dei produttori⁷⁸ e fornire una definizione di "agricoltore"⁷⁹. Al Consiglio, i lavori relativi alle tre proposte di regolamento⁸⁰ sono stati avviati durante la Presidenza bulgara dopo la loro pubblicazione avvenuta il 1° giugno 2018 e da allora sono stati portati avanti da tutte le Presidenze che si sono susseguite⁸¹. A seguito della trasmissione di suggerimenti redazionali in merito alle tre proposte da parte della Presidenza austriaca⁸² e della Presidenza rumena⁸³, la Presidenza di turno finlandese ha cercato di migliorare la leggibilità dei testi e la loro coerenza giuridica⁸⁴.

Durante la riunione della formazione "Agricoltura e pesca" del Consiglio del 15 luglio 2019, la Presidenza finlandese ha inoltre dichiarato che il lavoro da svolgere nel successivo semestre in merito all'esame delle proposte legislative della PAC post-2020 si sarebbe basato sui risultati raggiunti dalle precedenti Presidenze, proprio con l'obiettivo di far avanzare il più possibile i negoziati⁸⁵. Tuttavia, la Presidenza aveva mostrato una certa incertezza sul risultato che si intendeva ottenere, principalmente in ragione del mancato accordo sul QFP 2021-2027⁸⁶. La stessa Presidenza aveva in ogni caso in programma di condurre riunioni tecniche sulla riforma della PAC post-2020 e di affrontarne le relative questioni nel corso delle riunioni del Consiglio "Agricoltura e pesca", con una maggiore attenzione ai Piani Strategici Nazionali ("PSN")⁸⁷ e alle questioni ambientali, rimettendo infine il nuovo modello di attuazione⁸⁸ della PAC a negoziati più approfonditi nel corso della

⁷⁸ Art. 4, regolamento (UE) n. 2017/2393.

⁷⁹ L'art. 1 "Modifiche del regolamento (UE) n. 1305/2013" del regolamento (UE) n. 2017/2393 specifica la nozione di "agricoltore" come quella di "un agricoltore in attività ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (UE) n. 1307/2013, quale applicabile nello Stato membro in questione".

⁸⁰ *Supra*, nota 13.

⁸¹ Relazione della Presidenza finlandese del Consiglio dell'Unione europea al Comitato speciale Agricoltura/Consiglio, del 10 dicembre 2019, sullo stato di avanzamento dei lavori del Pacchetto di riforma della PAC post-2020, reperibile *online*, p. 1.

⁸² Documenti 15058/18 ADD1, 15046/18 e 14195/18.

⁸³ Documenti 10103/19 REV1, 10135/19, 7451/1/19 REV 1 ADD COR 1.

⁸⁴ Le versioni consolidate dei suggerimenti redazionali riveduti per i tre atti giuridici figurano nei documenti 14824/19 ADD 1, 14465/19 e 14535/19, reperibili *online*.

⁸⁵ Le ultime riunioni del Consiglio Agricoltura sotto la Presidenza finlandese si sono tenute il 14-15 ottobre e il 16-17 dicembre 2019. Una riunione informale dei Ministri dell'agricoltura degli Stati membri si è invece tenuta il 22, 23 e 24 settembre 2019, durante la quale si è discusso del ruolo dell'agricoltura nella fissazione del carbonio (sul punto vedasi gli aggiornamenti disponibili su www.euroconsulting.be).

⁸⁶ Ai sensi dell'art. 312 TFUE, il quadro finanziario pluriennale è stabilito per un periodo di almeno cinque anni da un regolamento adottato dal Consiglio al fine di assicurare l'ordinato andamento delle spese dell'Unione europea entro i limiti delle sue risorse. Dopo l'approvazione del Parlamento europeo durante la sua sessione plenaria di dicembre, il Consiglio ha adottato formalmente il regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2093 del 17 dicembre 2020 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, con finanziamenti significativi alla politica di coesione ed alla PAC.

⁸⁷ Per maggiori dettagli sui PSN a seguito della riforma della PAC vedasi E. ERJAVEC, M. LOVEC, L. JUVANČIČ, T. ŠUMRADA, I. RAC, *The Cap Strategic Plans beyond 2020. Assessing the architecture and governance issues in order to achieve the EU-wide objectives*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2018.

⁸⁸ Il nuovo modello di attuazione della PAC, contenuto nella proposta di regolamento sui piani strategici, mira ad una maggiore sussidiarietà, che si concretizza in un più effettivo potere d'azione da parte degli Stati membri soprattutto sulle modalità di utilizzazione delle risorse e la definizione di specifici strumenti d'azione attraverso i PSN (sul punto vedasi i rilievi svolti nel par. 3). Il raggruppamento in un unico regolamento dei pagamenti diretti, dello sviluppo rurale e una parte dell'OCM unica, quella dei provvedimenti settoriali (cfr. nota 72) abbina inoltre lo stesso modello di attuazione a diversi strumenti

Presidenza di turno croata del Consiglio⁸⁹.

La priorità della Presidenza croata in materia di politiche agricole è stata pertanto quella di proseguire i lavori sulle attuali proposte legislative riguardanti la PAC post-2020⁹⁰ e sull’*iter* di approvazione delle stesse. Tra i suoi obiettivi programmatici, vi era originariamente l’organizzazione da parte della Presidenza di una Conferenza sulla bioeconomia e dei lavori sulla protezione fitosanitaria. La diffusione della pandemia da Covid-19, che ha posto gli agricoltori dinanzi a difficoltà e pressioni crescenti, ha tuttavia reso prioritaria la garanzia della sicurezza alimentare dei cittadini europei durante la crisi, soprattutto tramite misure di sostegno diretto agli agricoltori e alle zone rurali nell’ambito dell’attuale ciclo di finanziamento della PAC. Va in ogni caso osservato che alcuni elementi delle tre proposte di regolamento facevano parte dei negoziati orizzontali sul QFP 2021-2027⁹¹, e pertanto era necessario un accordo sullo stesso QFP affinché il Consiglio definisse la sua posizione generale sulla riforma della PAC post-2020⁹².

Rimasto incompiuto, questo obiettivo è stato rimesso alla successiva Presidenza tedesca del Consiglio con riferimento al necessario sviluppo sostenibile dell’agricoltura e della pesca nelle aree rurali⁹³, e all’attuale Presidenza esercitata dal Portogallo⁹⁴ in relazione al massimo impegno per un’adozione tempestiva delle proposte legislative della PAC⁹⁵ al fine di avviare senza ritardi l’attuazione del nuovo ciclo programmatico⁹⁶.

6. Uno degli elementi che concorre al ritardo nella finalizzazione della riforma della PAC per il periodo 2021-2027 è la criticità insita nella proposta di bilancio per lo stesso periodo presentata dalla Commissione, che prevede una dotazione complessiva pari all’1,08% del PIL dell’Unione a fronte di una richiesta del Parlamento Europeo di portarla ad almeno l’1,3%⁹⁷. Sulla base del QFP per il periodo 2021-

di *policy* (Camera dei deputati, *Audizione informale della XIII Commissione (Agricoltura) sulla riforma della PAC 2021-2027*, Roma, 6 marzo 2019, reperibile *online*).

⁸⁹ La Croazia ha assunto la Presidenza di turno del Consiglio dell’Unione europea dal 1° gennaio e sino al 30 giugno 2020, nell’ambito del trio composto da Romania (gennaio-giugno 2019) e Finlandia (luglio-dicembre 2019).

⁹⁰ *Supra*, nota 13.

⁹¹ *Supra*, nota 86.

⁹² Relazione della Presidenza finlandese del Consiglio dell’Unione europea al Comitato speciale Agricoltura/Consiglio sullo stato di avanzamento dei lavori del Pacchetto di riforma della PAC post-2020, p. 3.

⁹³ Così nel Programma della Presidenza tedesca del Consiglio dell’Unione europea, 1° luglio-31 dicembre 2020, “Together for Europe’s recovery”, p. 16, disponibile su: www.eu2020.de.

⁹⁴ Così nel Programma della Presidenza portoghese del Consiglio dell’Unione europea, 1° gennaio-30 giugno 2021, “Time to deliver: a fair, green and digital recovery”, p. 26, disponibile su: www.2021portugal.eu.

⁹⁵ *Supra*, nota 13.

⁹⁶ Vedasi la Nota del Segretariato generale del Consiglio al Comitato dei Rappresentanti Permanenti del 9 giugno 2020 “Portare avanti l’agenda strategica. Programma di 18 mesi del Consiglio (1° luglio 2020-31 dicembre 2021)”, p. 20, reperibile su: data.consilium.europa.eu.

⁹⁷ Questo dato, insieme ad alcune osservazioni in senso critico da parte delle Regioni e delle Province autonome sui contenuti delle proposte di regolamento di riforma della PAC emerse dai tavoli tecnici e dalle riunioni dell’ultimo biennio della Commissione Politiche Agricole della Conferenza delle Regioni, è formalizzato nel Rapporto della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome dal titolo: *Contributo delle Regioni e delle Province autonome al dibattito sulla riforma della PAC post 2020*, Roma, ottobre 2018, www.regioni.it.

2027 si consideri una dotazione finanziaria di circa 365 miliardi di euro per la PAC nello stesso periodo, che secondo le stime della Commissione europea corrisponderebbe ad una riduzione della spesa complessiva del 5% a prezzi correnti rispetto al periodo 2014-2020⁹⁸, a favore di maggiori stanziamenti per le cosiddette “nuove sfide” dell’Unione europea⁹⁹.

Oltre che su questo aspetto, non sono mancati rilievi delle Regioni e delle Province autonome su alcuni risvolti critici derivanti dall’introduzione del Piano Strategico Nazionale come strumento di programmazione nazionale nell’ambito della proposta di regolamento sui piani strategici della PAC¹⁰⁰, con due sostanziali elementi di novità¹⁰¹: la riunificazione in un unico documento di programmazione e gestione delle politiche agricole di un Paese¹⁰² e l’accentramento statale delle stesse, con l’interlocuzione tra la Commissione europea e l’amministrazione nazionale nel negoziato che segue alla proposta del PSN¹⁰³ da parte dello Stato per l’approvazione dello stesso PSN da parte della Commissione.

Ai fini dello studio dei rapporti tra Unione europea, Stato e Regioni, esaminato sotto il profilo normativo nella prima parte del presente contributo, bisogna rilevare che questa modifica istituzionale di riforma della PAC post-2020¹⁰⁴ impatta sostanzialmente sull’assetto consolidato di divisione dei compiti tra Stato e Regioni in Italia. Com’è noto, nel nostro Paese difatti le funzioni in materia di agricoltura e sviluppo sono decentrate alle Regioni¹⁰⁵ ormai da lungo tempo, richiedendo un forte ancoraggio regionale e sub-regionale per le specificità che il contesto agricolo presenta¹⁰⁶.

Il rischio per le Regioni e le Province autonome è quello di una significativa marginalizzazione del proprio ruolo – di mera interlocuzione ed esecuzione di misure stabilite a livello nazionale¹⁰⁷ – e della propria autonomia nella gestione della

⁹⁸ Vedasi il Rapporto della Camera dei deputati del 25 ottobre 2019 “Il nuovo quadro finanziario pluriennale 2021-2027”, p. 4, disponibile su: www.camera.it.

⁹⁹ Il riferimento è a ricerca e innovazione digitale, migranti, ambiente e clima, difesa comune.

¹⁰⁰ *Supra*, nota 13.

¹⁰¹ Così F. MANTINO, *Il Piano Strategico Nazionale della PAC: i nodi critici e alcune proposte*, in *Agriregioneuropa*, marzo 2019.

¹⁰² Il riferimento è ai pagamenti diretti, gli interventi settoriali delle Organizzazioni Comuni di Mercato, le misure nell’alveo dello sviluppo rurale e infine anche tutti i regimi di sostegno nazionali (aiuti di Stato): F. MANTINO, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰³ *Supra*, nota 87.

¹⁰⁴ Sul punto vedasi: E. ERJAVEC, M. LOVEC, K. ERJAVEC, *From Greening to Greenwash, drivers and discourses of the CAP 2020 reform*, in J. F. M. SWINNED (ed.), *The Political Economy of the 2014–2020 Common Agricultural Policy: An Imperfect Storm*, Londra, 2015, p. 215 ss.; O. CHARTIER, E. CRONIN (eds.), *Mapping and analysis of the implementation of the CAP*, Relazione finale, Ufficio delle Pubblicazioni dell’Unione europea, 2016; AGRA FOCUS, *EU Executive unveils long-awaited CAP legislative proposals post-2020, the monthly report for European agribusiness executives*, 2018, p. 268; J. CARLES, F. COURLEUX, *The post-2020 CAP proposals: proposing the lowest common denominator while hoping for a quick agreement is a major strategic mistake that comes down to burying the CAP*, 2018, www.agriculture-strategies.eu; K. HART, D. BALDOCK, G. TUCKER, *Ideas for defining environmental objectives and monitoring systems for a results-oriented CAP post 2020, a report for WWF Deutschland*, Institute for European Environmental Policy, Brussels, 2018; C. HORSEMAN, *Stakeholder reactions to the new CAP proposals for 2021-27*, IEG Policy, Agribusiness Intelligence Informa, 2018.

¹⁰⁵ Ai sensi dell’art. 117, co. 4, Cost. la potestà legislativa in materia di agricoltura spetta in via residuale alle Regioni.

¹⁰⁶ F. MANTINO, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁷ La proposta di regolamento sui piani strategici della PAC prevede infatti che gli Stati membri redigano un proprio PSN attraverso cui attuare e raggiungere i nove obiettivi comuni della PAC stabiliti a

PAC, in nome della semplificazione e del principio di sussidiarietà. In particolar modo questa sarebbe una conseguenza dell’applicazione dell’art. 110 della proposta di regolamento sui piani strategici¹⁰⁸, che potrebbe relegare alle Regioni italiane il ruolo di “Organismo intermedio”¹⁰⁹, marginale rispetto a quello delle autorità di gestione nazionali dei PSN individuate da ogni Stato membro, con il risultato *de facto* di una rinazionalizzazione della materia. Nel nuovo schema organizzativo della proposta di regolamento sui piani strategici la Commissione europea dovrà difatti declinare alle specificità “locali” solo un set di misure, senza un adattamento delle scelte programmatiche alle specificità territoriali e settoriali, valutando i risultati conseguiti sulla base di indicatori di *performance*. Il nuovo modello di *governance*¹¹⁰ definito nella proposta di regolamento sui piani strategici¹¹¹ rischia in definitiva di disperdere un patrimonio di esperienze gestionali maturate nel corso degli anni in numerose Regioni italiane, peraltro in una fase in cui sono in corso negoziati tra Governo e Regioni per costruire forme di “autonomia differenziata”¹¹², interferendo con lo sviluppo dei sistemi territoriali e le specificità locali e penalizzando i territori caratterizzati da modelli agricoli efficienti ed avanzati.

Si segnala quindi che le Regioni e le Province autonome hanno ritenuto necessario definire una posizione condivisa con il Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo¹¹³, per ribadire in tutte le sedi deputate tre richieste politiche di base: un incremento delle risorse attualmente proposte per la PAC 2021-2027, con particolare riferimento al secondo pilastro¹¹⁴, senza il quale non sarebbe possibile rispondere ai molteplici obiettivi e sfide che alla stessa PAC vengono attribuiti; la difesa e garanzia del ruolo delle Regioni nella gestione e attuazione della

livello europeo, ovvero: garantire un reddito equo agli agricoltori, aumentare la competitività, riequilibrare la distribuzione del potere nella filiera alimentare, azioni per contrastare i cambiamenti climatici, tutelare l’ambiente, salvaguardare il paesaggio e la biodiversità, sostenere il ricambio generazionale, sviluppare aree rurali dinamiche, proteggere la qualità dell’alimentazione e della salute.

¹⁰⁸ *Supra*, nota 13.

¹⁰⁹ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Contributo delle Regioni e delle Province autonome al dibattito sulla riforma della PAC post 2020*, p. 2.

¹¹⁰ *Supra*, nota 88.

¹¹¹ *Supra*, nota 13.

¹¹² Sul punto vedasi il recente Rapporto del Servizio Studi della Camera dei deputati, *L’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*, Roma, 10 marzo 2020, reperibile *online*. Dal documento emerge che il tema del riconoscimento di maggiori forme di autonomia alle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell’art. 116, co. 3, Cost., è di tutta attualità soprattutto a seguito delle iniziative intraprese da Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna nel 2017, che dopo aver sottoscritto tre accordi preliminari con il Governo a febbraio 2018, hanno visto ampliarsi il quadro delle materie da trasferire nel corso del negoziato con il Governo. Allo stesso tempo, dal momento che altre Regioni hanno intrapreso il percorso per la richiesta di condizioni particolari di autonomia, il Governo ha preannunciato la presentazione in Parlamento di un’iniziativa legislativa volta a definire una cornice normativa unitaria in cui potranno definirsi gli interventi di attuazione dell’art. 116, co. 3, Cost., come annunciato dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, nel corso della sua audizione sulle linee programmatiche del 17 ottobre 2019 (il testo completo dell’audizione è disponibile su: www.affariregionali.it).

¹¹³ Per un approfondimento sulle attività di confronto tra il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, le Regioni e Province autonome e con il supporto della Rete rurale nazionale utile a definire le strategie di intervento in materia di PAC post 2020 ci si riferisca al portale del Ministero: www.politicheagricole.it.

¹¹⁴ Si rammenta al proposito che la PAC per il periodo 2014-2020 ha mantenuto i due pilastri (dei pagamenti diretti agli agricoltori e della politica di sviluppo rurale) ma rafforzando i legami tra di loro, fornendo così un approccio più integrato e generale alle misure di sostegno in questo settore.

PAC, in particolare del secondo pilastro, senza il quale lo stesso obiettivo enunciato dalla Commissione di una PAC più flessibile e adattata alle specificità territoriali appare del tutto impraticabile; e il coinvolgimento delle Regioni nell'attività emendativa delle proposte di regolamento e nelle successive fasi negoziali¹¹⁵.

A questo proposito, al fine di sostenere le proprie richieste politiche con una proposta praticabile anche sul piano tecnico, le Regioni e le Province Autonome hanno elaborato e condiviso una serie di emendamenti agli articoli della proposta di regolamento sui piani strategici della PAC¹¹⁶ concernenti il modello di *governance* della PAC stessa. Questi emendamenti sono in particolare finalizzati a consentire in maniera esplicita alle Regioni e alle Province Autonome di svolgere il ruolo di autorità di gestione superando l'attuale formulazione che prevede una sola autorità di gestione per Stato membro; introdurre i Programmi Operativi Regionali (POR) quale strumento di attuazione delle parti della PAC che, nell'ambito del PSN, saranno attribuite alle autorità di gestione regionali; e garantire autonomia alle Regioni e alle Province autonome nell'impostazione degli interventi dei POR per corrispondere ai fabbisogni delle specificità territoriali.

Dall'esame degli emendamenti approvati dalla Commissione Agricoltura e Sviluppo Rurale (AGRI) del Parlamento europeo¹¹⁷ relativi agli articoli da 91 a 129 (Titoli V, VI e VII) della proposta di regolamento sui piani strategici¹¹⁸ si evince che gran parte delle proposte emendative promosse dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome sono state accolte. In particolare, per quanto concerne il titolo V "Piano Strategico della PAC" della proposta di regolamento¹¹⁹, il testo approvato dalla commissione AGRI stabilisce che gli Stati membri organizzino partenariati con le autorità nazionali, regionali e locali competenti¹²⁰.

In riferimento al titolo VI "Coordinamento e Governance"¹²¹, si segnala l'introduzione all'art. 110 "Autorità di gestione" del paragrafo 1-*bis* relativo alla possibilità per gli Stati membri di designare autorità di gestione regionali responsabili degli interventi di portata regionale nell'ambito dello sviluppo rurale¹²². Lo stesso emendamento prevede che le autorità di gestione regionali siano coordinate da un unico organismo nazionale: a tale scopo le stesse autorità di gestione individuano un organo di coordinamento per il FEASR, che assicuri l'uniforme applicazione delle regole UE e la coerenza con gli elementi del Piano Strategico stabiliti a livello nazionale. Sono stati poi introdotti i "comitati di monitoraggio" incaricati

¹¹⁵ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Contributo delle Regioni e delle Province autonome al dibattito sulla riforma della PAC post 2020*, p. 2.

¹¹⁶ *Supra*, nota 13.

¹¹⁷ Cfr. Commissione per l'agricoltura e lo sviluppo rurale del Parlamento europeo, Progetto di relazione del 29 ottobre 2018 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 1° giugno 2018, 2018/0216(COD).

¹¹⁸ *Supra*, nota 13.

¹¹⁹ Proposta di regolamento sui piani strategici, art. 91 ss.

¹²⁰ *Supra*, nota 115, emendamento 355 all'art. 94, par. 3, co. 1, parte introduttiva, p. 172.

¹²¹ Proposta di regolamento sui piani strategici, art. 110 ss.

¹²² In particolar modo, l'implementazione e la gestione degli interventi di rilievo regionale finanziati dal FEASR nel quadro dei PSN (doc. 2018/0216(COD), emendamento 384, p. 184).

di monitorare l’attuazione del PSN, ma non prima della presentazione del Piano stesso¹²³. Per quanto riguarda, infine, il titolo VII “Monitoraggio Rendicontazione e Valutazione”¹²⁴, viene stabilito che alla valutazione dei PSN, condotta dagli Stati membri sia *ex ante*¹²⁵ che durante il periodo di attuazione ed *ex post*¹²⁶, debba essere aggiunta quella dei programmi operativi regionali.

7. La ricerca condotta ha permesso di svolgere molteplici rilievi sulle questioni di diritto emerse dall’applicazione della l. 234 dal 2012 ad oggi, in particolare un crescente ruolo delle Regioni come attori nel processo di integrazione europea sia nella fase “ascendente”¹²⁷ che “discendente”¹²⁸ di formazione del diritto dell’Unione europea, in linea con il disposto costituzionale¹²⁹. In particolare, si è evidenziato che la “Legge UE regionale”¹³⁰, prevista dalla l.r. 11/2018¹³¹, rappresenta una buona prassi in applicazione delle procedure previste dalla l. 234/2012 su scala regionale¹³², permettendo con cadenza annuale l’emanazione di un d.d.l. per garantire l’adeguamento dell’ordinamento regionale agli obblighi derivanti dagli atti normativi dell’Unione o dalle sentenze della Corte di giustizia¹³³.

Nell’esame degli ambiti interessati dal contributo delle Regioni alla formazione degli atti di diritto europeo, uno specifico *focus* si è dedicato nella trattazione alla Politica agricola comune, oggetto di un lungo e tuttora incompleto processo di riforma. In questo processo, le Regioni hanno rivestito un ruolo di grande rilievo, avanzando nelle sedi deputate una serie di emendamenti sostanziali¹³⁴ alle tre proposte di regolamento (sui piani strategici della PAC, orizzontale e sui mercati dei prodotti agricoli)¹³⁵ oggetto della riforma per il periodo successivo al 2020. Sebbene dei buoni intenti siano stati dichiarati da ognuna delle ultime Presidenze del Consiglio dell’UE per l’avanzamento dei negoziati in vista dell’adozione dei regolamenti di riforma, questa stessa è a tutt’oggi oltre che incompleta, con l’*iter* legislativo per l’adozione dei regolamenti fermo alla prima lettura da parte del Consiglio, non scevra da molteplici questioni in punto di diritto.

Dal punto di vista delle Regioni¹³⁶, un certo svilimento della centralità del proprio ruolo rispetto a quello dello Stato è stato riscontrato nella formulazione in più punti della proposta di regolamento sui piani strategici della PAC¹³⁷, con particolare

¹²³ Doc. 2018/0216(COD), emendamento 385, p. 184.

¹²⁴ Proposta di regolamento sui piani strategici, art. 115 ss.

¹²⁵ *Ivi*, art. 125.

¹²⁶ *Ivi*, art. 126.

¹²⁷ *Supra*, nota 3.

¹²⁸ *Supra*, nota 4.

¹²⁹ Il riferimento è all’art. 117, co. 5, Cost. sulla partecipazione delle Regioni alle decisioni dirette alla formazione degli atti del diritto dell’Unione europea nelle materie di loro competenza esclusiva e concorrente (*supra*, nota 8).

¹³⁰ *Supra*, nota 64.

¹³¹ *Supra*, nota 55.

¹³² Art. 3, co. 2, l.r. 11/2018.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Racchiusi nel doc. 2018/0216(COD) (*supra*, nota 122).

¹³⁵ *Supra*, nota 13.

¹³⁶ Vedasi i commenti *supra*, par. 6, con particolare riguardo a quelli sulle proposte emendative della Commissione politiche agricole della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nell’ambito del *Contributo delle Regioni e delle Province autonome al dibattito sulla riforma della PAC post 2020*, p. 2.

¹³⁷ *Supra*, nota 13.

riguardo alla *governance* prevalentemente nazionale dei piani strategici nazionali. Un aspetto, questo, che sembrerebbe in controtendenza rispetto al crescente rilievo assegnato alle Regioni e alle Province autonome italiane dalla l. 234/2012¹³⁸, ma che potrebbe essere oggetto di un’inversione di tendenza nel corso dei negoziati sulla riforma della PAC. Su questa, bisogna rilevare che un ulteriore motivo di rallentamento dei negoziati e un drastico cambiamento di *focus* sull’oggetto dei lavori si sono avuti con il recente dilagare della pandemia da Covid-19: come anticipato dall’ultimo Consiglio “Agricoltura e pesca” sotto la Presidenza croata del Consiglio del 20 luglio 2020, tra le prioritarie misure dell’Unione vi sono al momento attuale quelle di sostegno alle economie locali per limitare l’impatto negativo della pandemia sui settori dell’agricoltura e della pesca, con la massima flessibilità nell’uso dei fondi inutilizzati nell’ambito della PAC¹³⁹; allo stesso tempo, la possibilità di disporre di un budget minimo per i regimi ecologici¹⁴⁰ nell’ambito dell’architettura verde del pacchetto di riforma della PAC.

In una prospettiva evolutiva della materia, nel riconoscimento e nella tutela da parte dell’Unione del ruolo fondamentale svolto dagli agricoltori e dai pescatori nel garantire la disponibilità di alimenti ai cittadini dell’UE, il processo di riforma potrebbe ricomprendere un’amministrazione semplificata della PAC, deroghe temporanee a determinate regole di concorrenza dell’Unione e la flessibilità nei programmi di supporto al mercato per alcuni prodotti agricoli: ciò comporterebbe un nuovo orientamento delle priorità di finanziamento nell’ambito dei programmi esistenti e significativi risvolti sulla disciplina europea delle politiche agricole.

Abstract

Reform of the CAP post-2020 and the Role of the Italian Regions in the ‘Ascending’ Phase of EU Law: A Perspective from the Apulia Region

The present article aims to analyze the role played in recent years by the Italian Regions and local authorities in the ‘ascending’ phase of EU Law, with a focus on the legislative procedure leading to the European regulations for the reform of the Common Agricultural Policy (‘CAP’) and on the coordinating role of the Agricultural Policy Commission exercised by the Apulia Region within the Conference of the Regions. To this end, the reader is provided with a systematic reconstruction of the regulatory framework inherent the relations between domestic law and EU Law in the Law-making process, on which Italian Law No. 234 of 2012 has had a significant impact.

¹³⁸ *Supra*, nota 1.

¹³⁹ Nella sessione del Consiglio “Agricoltura e pesca” del 15/16 dicembre 2020, la Presidenza tedesca ha ribadito l’importanza delle misure di sostegno all’agricoltura adottate dall’UE a seguito della pandemia da Covid-19 anche attraverso la ridefinizione del QFP (vedasi *supra*, nota 86) e della redazione di specifiche linee-guida per il trattamento dei dati relativi all’agricoltura.

¹⁴⁰ I regimi ecologici sono un nuovo elemento suggerito nella proposta sulla PAC mirato a incoraggiare gli agricoltori ad adottare pratiche rispettose del clima e dell’ambiente attraverso i pagamenti diretti.



Recensioni

Angela Di Stasi (a cura di)

CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)



Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2020, II ed., pp. XLI-941

Il volume in esame, pubblicato alla vigilia del settantesimo anniversario dell'adozione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), costituisce la prosecuzione della prima edizione, avente ad oggetto la giurisprudenza della Corte europea, riguardante l'Italia degli anni 2010-2015, e si estende agli anni 2016-2020. Esso si articola in ventotto capitoli, preceduti da una stimolante introduzione di Guido Raimondi e da una appropriata premessa della curatrice dell'opera, Angela Di Stasi, e seguiti da un saggio finale di Gabriella Palmieri sul ruolo dell'Avvocatura dello Stato nella difesa dell'Italia dinanzi alla Corte EDU.

Una caratteristica significativa del volume deriva dalla scelta, saggiamente operata dalla curatrice, di affidare la stesura dei saggi a un folto gruppo di autori provenienti non solo dal mondo accademico, ma anche da quello degli operatori del diritto, magistrati e avvocati. Tale scelta è risultata propizia, poiché ha determinato una feconda sinergia tra diverse sensibilità, professionalità ed esperienze e ha impresso all'intera opera un equilibrato connubio tra l'approfondimento scientifico delle tematiche considerate e una vigile attenzione alle ricadute della giurisprudenza europea sulla vita e sui problemi concreti della persona, destinatario ultimo e protagonista dell'intero sistema, sostanziale e giudiziario, creato dalla Convenzione di Roma.

Un secondo carattere è rappresentato dalla circostanza che all'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa da costante contrappunto quella della giurisprudenza italiana, sia della Corte costituzionale che del giudice comune, di legittimità e di merito. Si ha modo, per tale via, di apprezzare il livello di coerenza della nostra giurisprudenza nei confronti della CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, alla quale – come da tempo ha riconosciuto la Corte costituzionale – spetta in proposito l'ultima parola. L'incidenza della giurisprudenza europea

su quella italiana (che non esclude, peraltro, la permanenza di alcuni margini di difformità) assume un particolare rilievo nel giudizio di costituzionalità delle leggi, in considerazione del ruolo di parametro di valutazione che la CEDU, come interpretata, in principio, dalla Corte europea, svolge ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.

L'impatto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'ordinamento italiano emerge anzitutto – come si è accennato – dalla corrispondente giurisprudenza del giudice italiano, la quale appare sovente come un *continuum* rispetto alle pronunce di Strasburgo e conferma il ruolo essenziale che spetta al giudice nazionale, quale giudice chiamato in via primaria ad applicare la CEDU, nell'assicurare il rispetto dei diritti da essa riconosciuti. Ma l'influenza di tale giurisprudenza è apprezzabile anche sul piano legislativo, poiché non di rado sentenze di condanna verso l'Italia hanno provocato l'emanazione di nuove leggi o la modifica di preesistenti normative, al fine di riparare violazioni strutturali della Convenzione o di prevenirle. L'introduzione, per quanto tardiva, del delitto di tortura nell'art. 613 *bis* c.p., in virtù della l. 14 luglio 2017 n. 110, è un importante esempio dell'adeguamento in via legislativa alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, risultante già dalla celebre sentenza *Cestaro* del 7 aprile 2015. Altrettanto significative sono le modifiche al codice penale e a quello di procedura penale, nonché le altre disposizioni a tutela delle vittime della violenza domestica e di genere, adottate con l. 19 luglio 2019 n. 69, che – come rileva Angela Di Stasi – appaiono un adeguamento alla sentenza *Talpis* del 2 marzo 2017.

Ognuno dei ventotto capitoli è dedicato alla giurisprudenza relativa a uno specifico diritto, o a una sua particolare espressione, in raffronto al tipo di violazione denunciata dal ricorrente e oggetto della pronuncia della Corte europea. I titoli dei capitoli sono formulati in modo da illustrare con immediatezza al lettore l'ipotesi di violazione considerata e, a questo fine, indicano anche gli articoli, o i paragrafi, della Convenzione o dei suoi Protocolli la cui denunciata violazione è esaminata nelle sentenze considerate. Non è possibile, in questa sede, dare conto dei singoli contributi, tutti, peraltro, di pregevole livello e apprezzabili per la completezza della trattazione, l'approfondimento delle problematiche e il contributo critico alla lettura della giurisprudenza, sia europea che italiana. Ci limitiamo, quindi, a ricordare l'oggetto dei saggi, i quali si aprono con lo studio di Angela Di Stasi sul diritto alla vita e all'integrità della persona rispetto alla violenza domestica. Segue un gruppo di scritti, i quali riguardano la violazione dell'art. 3 della Convenzione (isolatamente o in combinazione con altre disposizioni della stessa), purtroppo in più occasioni accertata dalla Corte di Strasburgo. Così, Rossana Palladino esamina i comportamenti tenuti da forze dell'ordine, con particolare attenzione ai fatti del G8 di Genova del 2001; Fabio Fiorentin la questione dell'ergastolo ostativo; Davide Galliani il discusso regime dell'art. 41 *bis*, co. 2, dell'ordinamento penitenziario, in rapporto al caso *Provenzano*; Luisa Casseti e Sabrina Vannuccini il rispetto del suddetto art. 3, nonché dell'integrità psichica e fisica di minori in condizioni di particolare vulnerabilità, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione; Michele Nino il problema delle *extraordinary renditions*, scoppiato con il caso *Abu Omar*, nel quale la scrupolosa e meritoria attività della magistratura, in specie milanese, è stata frustrata dall'uso quanto meno "disinvoltato" del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio, sostanzialmente avallato dalla Corte costituzionale, e da provvedimenti di grazia

del Capo dello Stato. Due saggi sono dedicati alle misure privative della libertà, nel quadro dell'art. 5 della Convenzione: il primo, di Daniela Cardamone, riguarda il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo contro tali misure; il secondo, di Anton Giulio Lana, il trattenimento amministrativo dei migranti irregolari, nonché l'espulsione dello straniero, anche sotto il profilo del rispetto della sua vita privata e familiare *ex art. 8*.

Il diritto all'equo processo ha dato origine a una copiosa giurisprudenza europea, la quale mette in luce molteplici criticità della legislazione e della prassi italiana, a cominciare dalla durata ragionevole del processo; non sorprende, quindi, che a essa siano destinati ben nove scritti. Il primo, di Antonio Didone e Andrea Didone, esamina l'ampia giurisprudenza, sia della Corte europea che di quella costituzionale, concernente la legge *Pinto*; Giuseppe De Marzo si occupa dell'incidenza sui processi in corso di leggi interpretative; la garanzia del diritto di difesa è oggetto, sotto diversi profili, del saggio di Giovanni Diotallevi e di quello di Gaetano De Amicis; il contributo di Angela Di Stasi e di Iside Russo considera, più specificamente, l'obbligo di motivazione della sentenza; mentre Anna Oriolo esamina il tema della rinnovazione in appello dell'istruttoria dibattimentale; al diritto di ricorso in Cassazione è dedicato lo scritto di Teresa Russo; chiudono questa parte del volume i contributi di Ida Caracciolo e di Anna Iermano concernenti l'esecuzione del giudicato, anche in rapporto alla tutela della proprietà e dei propri beni. Lo stesso diritto di proprietà, in connessione con il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 7 CEDU), è oggetto dello scritto di Antonella Giannelli con riguardo alla confisca urbanistica.

Anche il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) ha fornito occasione di una vasta giurisprudenza, alla quale fanno riferimento vari scritti: quello di Valeria Piccone e quello di Vito Colucci, dedicati, rispettivamente, ai temi contigui della conservazione dei rapporti di affettività e del diritto di visita, nei quali il possibile conflitto tra più interessi è risolto a favore dell'interesse superiore del minore; a quest'ultimo occorre fare riferimento anche nella problematica, di estrema sensibilità etica, della maternità surrogata, oggetto del saggio di Angela Martone; a un diverso diritto contemplato dall'art. 8, quello al rispetto del domicilio in caso di perquisizione, è dedicato il contributo di Roberto Chenal, mentre lo scritto di Pietro Pustorino torna a una problematica particolarmente "sensibile", come quella della vita privata e familiare in relazione all'orientamento sessuale; nel saggio di Daniela Marrani la vita privata viene in considerazione rispetto a possibili violazioni derivanti dalla negligenza medica; la drammatica e perdurante violazione della vita privata e familiare a Taranto, nei casi dell'*ex Ilva*, oggi *Arcelor Mittal*, è oggetto dell'indagine di Gaetano D'Avino, il quale richiama, giustamente, anche il diritto alla vita e quello a un ricorso effettivo.

Il volume prosegue con lo scritto di Rosario Sapienza sulla libertà d'informazione e i suoi limiti, con particolare riguardo alla condizione dei giornalisti. Altri due saggi, di Antonio Scarpa e di Alessia Mari, hanno per oggetto il diritto di proprietà e ai propri beni nei confronti, il primo, della espropriazione e della occupazione senza titolo, e della attività illegittima della pubblica amministrazione, il secondo. Infine, Nicoletta Parisi e Dino Rinoldi considerano le misure di prevenzione personale alla luce della sentenza della Corte EDU nel caso *de Tommaso*, nel quadro non solo della

libertà di movimento garantita dall'art. 2 del Protocollo n. 4, ma anche del diritto a una pubblica udienza (art. 6, par. 1), a un ricorso effettivo (art. 13) e a un'equa soddisfazione (art. 41). Il libro è completato da due appendici giurisprudenziali (2016-2020 e 2010-2015) e da una bibliografia di carattere generale.

Numerosi sono gli spunti di riflessione che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte EDU analizzata. Risulta confermato, anzitutto, il suo ruolo determinante non solo per assicurare una effettiva tutela dei diritti enunciati nella CEDU, ma anche per sviluppare tutte le sue potenzialità nella emersione di nuove manifestazioni di tali diritti, così come nell'applicazione della CEDU a situazioni forse neppure previste, o prevedibili, dagli autori della Convenzione (si pensi alla maternità surrogata). L'originario elenco di diritti, appartenenti essenzialmente alle categorie di quelli civili e politici di "prima generazione", in definitiva viene a espandersi sino a comprendere diritti di nuova generazione, come il diritto a un ambiente salubre. Si verifica, per tale via, un costante "aggiornamento" del catalogo dei diritti; ciò determina un arricchimento dei diritti della persona, ma, per altro verso, pone un problema di limiti entro i quali può spingersi il giudice europeo, oltre i quali uno sviluppo di tali diritti può avvenire solo in via "legislativa".

Dalla giurisprudenza si desume altresì l'importanza crescente degli obblighi positivi e di quelli procedurali degli Stati, a paragone di quelli negativi, consistenti nel loro dovere di astenersi dall'ingerirsi nella sfera giuridica garantita da ciascuno dei diritti riconosciuti; dovere, quest'ultimo, che appare sufficientemente consolidato e "assestato" nella giurisprudenza. I doveri positivi impongono agli Stati l'adozione di misure di protezione dei diritti umani, misure che possono essere di varia natura, come l'adozione di una legge per colmare un vuoto normativo, o di misure amministrative, giudiziarie, di polizia per difendere i diritti da violazioni provenienti anche da soggetti privati. L'obbligo procedurale, che discende da quello positivo di protezione dei diritti umani e che si lega altresì al diritto a un ricorso effettivo *ex art.* 13 CEDU, è identificato nell'impegno a svolgere un'indagine effettiva e indipendente per individuare i responsabili della violazione e accertare la verità.

Inoltre, la Corte insiste costantemente sulla necessità che la tutela dei diritti umani sia effettiva; a questo fine l'adozione di formule stereotipate o di provvedimenti meramente ripetitivi è insufficiente e si risolve in una violazione del diritto in questione.

Non mancano, naturalmente, aspetti problematici della giurisprudenza della Corte legati, peraltro, anche a una "proliferazione" dei diritti umani e delle loro molteplici sfaccettature. La Corte, infatti, salvo che per quei diritti che, nella loro assolutezza, non ammettono alcuna limitazione (come il divieto di tortura o di schiavitù), è chiamata frequentemente a una delicata opera di bilanciamento di ciascun diritto con gli altri diritti fondamentali, nonché con una serie di interessi della collettività. L'equilibrio tra i diritti in giuoco e tra gli stessi e gli interessi generali (della morale, della salute, della pubblica sicurezza), richiedendo anche un giudizio sulla necessità e sulla proporzionalità delle restrizioni ammissibili, può comportare uno spazio di discrezionalità da parte della Corte, con conseguente rischio per la certezza del diritto e per la coerenza e l'uniformità della stessa giurisprudenza europea. Ciò può avere un impatto negativo sul valore di tale giurisprudenza per il giudice italiano, dato che, secondo la nota sentenza della Corte costituzionale del 26 marzo 2015

n. 49, il dovere di tale giudice di conformarsi all'interpretazione della Corte EDU viene meno in assenza di una giurisprudenza consolidata (o di una sentenza pilota).

Nelle materie più sensibili sul piano etico e culturale – si pensi alle ormai numerose forme di genitorialità assistita o surrogata – la giurisprudenza mostra di ricorrere a due principi tra di loro “inversamente proporzionali”: quello del consenso europeo, che, se sussistente, impone all'Italia una determinata concezione ed equilibrio dei diritti in giuoco, e, in mancanza di tale consenso, il principio del margine di apprezzamento, il quale, al contrario, legittima concezioni e modalità di tutela di carattere nazionale. Peraltro, il margine di apprezzamento implica il rischio di una frammentazione e di una differente tutela dei diritti in causa, a seconda dello Stato alla cui giurisdizione l'individuo sia sottoposto; il consenso europeo, da parte sua, specie se applicato meccanicamente, può scontrarsi con i valori fondamentali dell'ordinamento italiano, mettendo in opera i “controlimiti” o il primato della nostra Costituzione, la quale, in caso di conflitto con la CEDU, determina la prevalenza delle proprie disposizioni.

Infine, dalla giurisprudenza esaminata si ha l'impressione che, malgrado un'accresciuta sensibilità dei nostri giudici nei confronti della CEDU, intesa non solo come sistema normativo, ma quale diritto vivente, e nonostante alcuni importanti interventi legislativi di adeguamento ai dettami europei, il grado di violazione della CEDU da parte del nostro Paese resti troppo elevato. In particolare, colpisce – e amareggia profondamente – la ripetuta violazione del divieto di tortura, consacrato non solo dall'art. 3 CEDU, ma da norme di diritto internazionale consuetudinario di natura imperativa.

Dalle pagine che precedono risultano evidenti il valore scientifico e l'estrema utilità pratica del volume recensito, la cui consultazione appare imprescindibile per avere il quadro aggiornato del diritto vivente della CEDU e per verificare il livello di conformità e di adeguamento del nostro ordinamento alla stessa. Di questa opera imponente c'è da essere grati all'intera *équipe* degli autori e, in particolare, ad Angela Di Stati, instancabile organizzatrice del lavoro.

Ugo Villani

Riccardo Pisillo Mazzeschi

Diritto internazionale dei diritti umani.

Teoria e Prassi



Torino, Giappichelli, 2020, pp. XLVI-412

Il panorama italiano delle opere generali in tema di protezione internazionale dei diritti umani si è arricchito con la recente pubblicazione del volume di Riccardo Pisillo Mazzeschi, che si segnala per l'intento, sicuramente riuscito, esposto in Premessa dall'a., di fornire al lettore anche materiale di riflessione su concetti, tesi ed inquadramenti sistematici.

Il primo capitolo, dedicato ai diritti umani nell'ordinamento internazionale, consta di due sezioni, di cui la prima è dedicata al fondamento e sviluppo storico dei diritti umani internazionali e la seconda all'impatto dei diritti umani sul diritto internazionale. Sin da subito e a partire dalla seconda sezione emerge lo scopo dell'a. di non limitarsi ad una esposizione avente finalità esclusivamente didattica, ma di confrontarsi anche con problemi di indole generale che la tematica dei diritti umani solleva e di procedere ad una loro sistemazione scientifica, trattando dell'influenza dei diritti umani sulla struttura tradizionale dell'ordinamento internazionale; viene fatto così riferimento, tra l'altro, all'ampliamento del contenuto del diritto internazionale, all'ingresso dell'individuo tra i soggetti, agli obblighi *erga omnes* e allo *jus cogens* e alla modernizzazione del regime della responsabilità internazionale degli Stati pervenendo, riguardo a quest'ultimo, sulla base di vari elementi, alla conclusione della titolarità per l'individuo di un diritto alla riparazione per violazione dei diritti umani.

Identico approccio è seguito nel secondo e terzo capitolo. In particolare, nel secondo capitolo, dedicato alle fonti (consuetudine, principi generali del diritto internazionale, principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili *in foro domestico*, trattati e fonti derivanti da trattati), è evidenziata la peculiarità delle fonti del diritto internazionale dei diritti umani stante l'esistenza di due principi guida generali enucleati dall'a., ossia il principio di preminenza dell'individuo-persona umana stante lo scopo protettivo sottostante alle norme sui diritti umani e il principio di universalità dei diritti umani alla luce della finalità, intesa dagli Stati come avente carattere comune, di tutelare i diritti umani. Da segnalare, in particolare, è l'incidenza, evidenziata dall'a., dei due predetti principi guida sul diritto dei trattati allorquando vengono in considerazione trattati sui diritti umani (riserve, successione nei trattati, inadempimento, effetti dei conflitti armati, denuncia non prevista dal trattato).

Il terzo capitolo è dedicato all'analisi degli obblighi internazionali relativi ai diritti umani, in cui l'indagine dell'a. produce, a nostro avviso, i risultati più interessanti nella categorizzazione degli obblighi internazionali relativi ai diritti umani

rilevanti sul piano concettuale-sistematico, ossia le distinzioni tra obblighi negativi e obblighi positivi, tra obblighi di risultato e obblighi di *due diligence*, obblighi immediati e obblighi “a realizzazione progressiva”, nonché la distinzione tra obblighi giuridici e obiettivi politici non vincolanti.

Sarà questa la base sistematica che verrà utilizzata nell’analisi dei singoli diritti umani dopo il capitolo quarto, dedicato alla esposizione, volutamente sintetica, di tutti i sistemi convenzionali sui diritti umani (Nazioni Unite, Convenzione europea, Unione europea, Convenzione interamericana, Unione africana e altri sistemi regionali).

La ripartizione dell’analisi dei singoli diritti umani nei due capitoli successivi è dovuta alla scelta dell’a. di dedicarsi all’impegno compito di distinguere i diritti umani protetti dal diritto internazionale generale – qualificati come diritti umani “fondamentali” al cui interno è dato rinvenire un nucleo più ristretto di diritti umani aventi i caratteri propri del *jus cogens*, ossia la inderogabilità e la superiorità gerarchica – dagli altri diritti umani.

I diritti umani intesi dall’a. come fondamentali sono poi oggetto, uno per uno, secondo il medesimo schema espositivo, frutto di una impostazione rigorosamente sistematica: norme, contenuto del diritto (o secondo il caso, del divieto), obblighi. Sono così esaminati, come prevedibile, diritto alla vita, divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, divieto di crimini internazionali, divieto di schiavitù, servitù e lavori forzati, divieto di arresti o detenzioni arbitrarie, divieto di sparizioni forzate delle persone, diritto di accesso alla giustizia, diritto alla riparazione, il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, il divieto di discriminazione in generale (inteso non tanto come derivante da una norma consuetudinaria ma in quanto principio generale del diritto internazionale o più particolarmente come “principio-quadro che sovrintende e controlla il settore dei diritti umani”), il divieto di discriminazione razziale (fondato su norma consuetudinaria avente carattere di *jus cogens*) e il divieto di discriminazione contro le donne (non assurdo purtroppo, secondo l’a., a norma di diritto internazionale generale stante l’assenza di una prassi e *opinio juris* generalizzate e uniformi e neppure inquadabile, per lo stesso motivo, tra i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili *in foro domestico* ancorché “[sul] divieto di discriminazione per motivi di sesso, il consenso della comunità internazionale sta sempre più crescendo”: p. 305). Infine, è preso in considerazione, nella categoria dei diritti umani fondamentali tra i diritti umani collettivi spettanti ai gruppi (popoli, minoranze, popoli indigeni), il diritto dei popoli all’autodeterminazione.

Particolare interesse suscita l’inserimento, sempre nella medesima categoria, di alcuni diritti che l’a. raggruppa in quanto tesi alla protezione dei c.d. *basic needs* e dei diritti di sussistenza delle persone (diritto al cibo, diritto all’acqua, diritto all’abitazione, diritto alla salute). Per tali diritti l’a. prospetta, con qualche cautela, l’esistenza di una norma di diritto internazionale generale sul diritto al cibo e il diritto all’acqua essenziali ed esclude tale conclusione per il diritto all’abitazione essenziale per la sussistenza, laddove per il diritto ad un livello essenziale di assistenza sanitaria prospetta una norma emergente di diritto internazionale generale in caso di conflitto armato e di disastri o emergenze naturali.

I diritti umani diversi da quelli fondamentali, variamente raggruppati, sono tutti esaminati nel capitolo VI: diritto al rispetto della vita privata, diritto alla vita familiare, libertà di pensiero, coscienza e religione, libertà di opinione e di espressione, diritto all'istruzione, diritto alla vita culturale, libertà di riunione e di associazione, diritto di partecipazione alla vita politica e pubblica, libere elezioni ed accesso ai pubblici impieghi, diritto al lavoro, diritto di proprietà, libertà di movimento di cittadini e stranieri, diritto di asilo, diritti dei rifugiati e di altri migranti internazionalmente protetti. Il capitolo si chiude con una apposita sezione dedicata ai diritti umani collettivi delle minoranze e dei popoli indigeni nonché ad un gruppo di "diritti" collettivi: diritto allo sviluppo, diritto alle risorse naturali, diritto alla pace, diritto alla democrazia, diritto a un buon governo; per essi l'a. non ritiene trattarsi di veri e propri diritti umani, ma di "obiettivi politici non vincolanti per i singoli Stati e per l'intera comunità internazionale", anche se nell'ambito del sistema convenzionale africano l'a. riferisce l'avvenuta condanna di Stati per violazione del diritto alle risorse naturali e del diritto allo sviluppo, mentre per altri diritti non esclude nel tempo una loro maggiore concretizzazione e trasformazione in veri e propri diritti e obblighi (per es. il diritto di individui e di gruppi di individui al rispetto del principio di legalità da parte dello Stato sulla scorta del principio democratico e del buon governo).

Il capitolo e il volume si chiudono con la considerazione del diritto alla sicurezza umana, propugnato in alcuni documenti delle Nazioni Unite, da alcuni Stati e da un gruppo di ONG, che tuttavia attualmente per l'a. non impone veri e propri obblighi giuridici (siano essi, secondo la classificazione generale adottata da Pisillo Mazzeschi, di risultato, di *due diligence* o a realizzazione progressiva) ma che, in caso di maggiore riconoscimento nella comunità internazionale, è ritenuto suscettibile di evolvere in un principio generale nel settore dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario. Il diritto ad un ambiente sano, che come il precedente per l'a. è volto alla tutela sia di interessi individuali che di interessi superindividuali, è oggetto di una ampia disamina sia delle fonti convenzionali che della prassi, pervenendo alla conclusione della esistenza di un diritto umano di carattere generale, ossia "il diritto di individui e gruppi di individui a che gli Stati utilizzino e conservino l'ambiente nel modo migliore", cui corrispondono obblighi statali a realizzazione progressiva da bilanciare anche rispetto a mezzi e risorse disponibili (p. 397). A tale diritto l'a. prospetta la possibilità di diritti più specifici connessi agli obblighi di *due diligence* in capo agli Stati nella prevenzione di significativi danni ambientali, di repressione delle relative violazioni e di riparazione alle vittime, nonché alcuni diritti procedurali (informazione su attività potenzialmente inquinanti e partecipazione a procedure di valutazione dei rischi ambientali).

Non si può che esprimere apprezzamento per un volume che presenta completezza (anche per un esame della prassi non esclusivamente "eurocentrica"), modernità e rigoroso metodo sistematico, accompagnato da un certo gusto per la simmetria, sicuramente utile in quanto strumento didattico, ma anche produttivo di interessanti stimoli alla riflessione scientifica, quali, a titolo di puro esempio, quelli derivanti dalla trattazione del conflitto fra il diritto umano fondamentale di accesso alla giustizia e le immunità internazionali.

Andrea Cannone

Sara Tonolo, Giuseppe Pascale (a cura di)

La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo



Torino, Giappichelli, 2020, pp. XIX-468

Il presente volume, come evidenzia Sara Tonolo nella sua prefazione, nasce dall'intento di esaminare gli effetti della Dichiarazione universale dei diritti umani sul diritto internazionale contemporaneo a oltre 70 anni dalla sua adozione. A tal fine l'opera si articola in tre parti; la prima è dedicata alla rilevanza della Dichiarazione nella giurisprudenza, sia internazionale che italiana; nella seconda l'indagine ha per oggetto la sua incidenza su alcuni specifici diritti fondamentali; la terza, infine, si occupa dell'impatto della Dichiarazione universale sui diritti di categorie di persone particolarmente vulnerabili. Un'attenta ricostruzione della genesi della Dichiarazione e della sua influenza sugli sviluppi successivi dei diritti umani è svolta nella Introduzione da Guido Raimondi; le considerazioni conclusive di Giorgio Conetti chiudono il volume.

L'esame della giurisprudenza inizia con uno scritto di Maria Irene Papa relativo a quella della Corte internazionale di giustizia, nell'esercizio della sua competenza sia contenziosa che consultiva. Segue il saggio di Alice Riccardi, la quale analizza la giurisprudenza della Corte penale internazionale, individuando una pluralità di modelli nei quali la Dichiarazione è richiamata. Pietro Pustorino si occupa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, indagando l'influenza che la Dichiarazione universale ha svolto sulla interpretazione della Convenzione europea. Il rapporto tra universalismo e regionalismo dei diritti umani è messo a fuoco da Angela Di Stasi con riguardo alla giurisprudenza della Corte interamericana; esso ritorna nello scritto di Giuseppe Pascale relativo alla giurisprudenza della Corte africana dei diritti umani e dei popoli, nonché alla prassi della Commissione africana, nel più ampio contesto del dibattito fra universalismo e relativismo culturale dei diritti umani. Ancora nell'ambito europeo, ma con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, si colloca il contributo di Elisabetta Bergamini, volto a verificare l'influenza della Dichiarazione universale sia sulla giurisprudenza che sull'evoluzione dello stesso diritto dell'Unione. Gli ultimi due saggi di questa parte hanno per oggetto la giurisprudenza italiana. Quello di Davide Monego esamina il ruolo della Dichiarazione universale dinanzi alla Corte costituzionale quale possibile norma interposta ai sensi degli articoli 10 e 117, co. 1, Cost.; mentre Fulvio Maria Palombino analizza i differenti richiami alla Dichiarazione universale effettuati dal giudice comune.

La seconda parte si apre con uno scritto di Eduardo Savarese sul diritto alla vita, nel quale si sottolinea l'efficacia propulsiva esercitata dal corrispondente art. 3 della Dichiarazione universale, in particolare sulla posizione di obblighi positivi di protezione. L'indagine di Federica Favuzza ha per oggetto l'incidenza della Dichiarazione universale sulla definizione dei diritti alla libertà e alla sicurezza personale. Quindi il saggio di Gabriele Asta mette in luce la portata espansiva del divieto di schiavitù e di servitù, sia rispetto a nuove forme di tali fenomeni che ai fini della formazione di norme pattizie e consuetudinarie. L'efficacia del divieto di tortura di cui all'art. 5, particolarmente per l'affermazione di una norma consuetudinaria di carattere cogente, è analizzata da Elena Carpanelli. Il successivo saggio di Giulia Ciliberto è dedicato all'influenza della Dichiarazione universale sulla tutela della libertà religiosa, in specie nelle convenzioni regionali, nelle quali si avverte un approccio non sempre uniforme, anche a causa delle differenze culturali che le ispirano. Un'indagine, seguendo un percorso in qualche misura comparabile, è svolta da Carmelo Danisi in merito al rispetto della vita privata e familiare. L'attualità della Dichiarazione universale, specie nell'epoca dell'incitamento all'odio *online*, è oggetto della riflessione di Francesco Deana sul diritto alla libertà di opinione e di espressione. Questa parte del volume si conclude con l'analisi di Anna Iermano sul diritto universale all'uguaglianza e alla protezione contro le discriminazioni in ambito lavoristico, nel contesto della "circolazione" tra i sistemi rappresentati dalla Dichiarazione universale e dal diritto dell'Unione europea.

La terza parte si apre con lo studio sull'incidenza della Dichiarazione sui diritti delle donne, nel quale Lina Panella svolge un'analisi ampia e articolata sugli sviluppi realizzatisi sia a livello universale che regionale, dove più sensibile è l'influenza di condizioni sociali e culturali e di pratiche tradizionali. Segue il saggio di Alessandra Zanobetti, la quale sottolinea l'evoluzione della visione dei minori da categoria particolarmente bisognosa di protezione a pieni soggetti titolari di diritti. La condizione dei migranti, con specifico riguardo al diritto di lasciare il proprio Paese e di cercare asilo, alla luce del principio fondamentale del *non refoulement*, è oggetto del contributo di Francesca Mussi. Infine, Francesco Buonomenna esamina il diritto alla cittadinanza, rilevando la centralità dell'art. 15 della Dichiarazione ai fini della configurazione di tale diritto, ma anche i limiti che alla sua affermazione si frappongono.

Nelle sue conclusioni Giorgio Conetti ripercorre il filo conduttore delle indagini svolte, consistente nella verifica dell'attuale efficacia della Dichiarazione nell'interpretazione e nell'applicazione delle convenzioni che da essa hanno tratto origine o ispirazione, nonché dei suoi principi quali "espressioni di una condivisa civiltà giuridica". In una riflessione di sintesi egli delinea quindi un bilancio complessivo della incidenza esercitata dalla Dichiarazione sulla evoluzione della tutela dei diritti fondamentali.

L'opera in esame, pregevole per ampiezza, varietà e approfondimento della trattazione, suggerisce numerose riflessioni. Esse riguardano anzitutto il valore giuridico della Dichiarazione universale. È indubbio, infatti, il suo contributo determinante nella identificazione dei diritti umani, a fronte della loro enunciazione, estremamente importante sul piano politico-morale, ma ancora alquanto vaga e indefinita, contenuta nella Carta delle Nazioni Unite; così come per l'adozione di

una massa di convenzioni, di carattere generale, come i Patti internazionali del 1966, o specifiche, riguardo a determinate categorie di persone o a talune forme particolarmente gravi di violazione, e, sotto un diverso profilo, “universali”, nell’ambito delle Nazioni Unite (o dell’OIL, dell’UNESCO), o regionali. Tuttavia, incerta resta la sua qualificazione come fonte di diritto, in quanto, com’è noto, l’Assemblea generale, che l’adottò il 10 dicembre 1948, non ha il potere di emanare atti obbligatori, ma solo esortativi. Ciò si riflette nella preferenza dei giudici, internazionali come italiani, ad applicare le disposizioni di convenzioni internazionali, dal sicuro carattere vincolante, piuttosto che quelle della Dichiarazione universale; specialmente, poi, quando il giudice in questione – come spesso accade – è stato creato proprio in virtù di una convenzione al fine di garantirne il rispetto. È frequente, peraltro, il richiamo della Dichiarazione, quantomeno per confermare o rafforzare il contenuto di diritti pur desunti da altre fonti. Il ruolo della Dichiarazione, che può apparire persino “ancillare”, a confronto di quello della convenzione di volta in volta in questione, non va però sottovalutato. La giurisprudenza considerata – confermata dall’esame concernente i singoli diritti umani – mostra, infatti, che la Dichiarazione universale svolge costantemente una funzione interpretativa delle disposizioni convenzionali applicate; e tale funzione può condurre a un ampliamento della tutela dei diritti fondamentali, in quanto spesso enunciati, nella Dichiarazione, in maniera più aperta e libera dalle limitazioni presenti in varie convenzioni, specie regionali.

I principi della Dichiarazione universale, inoltre, hanno una capacità propulsiva di ulteriori sviluppi della tutela dei diritti umani e di una loro espansione in altri settori del diritto internazionale. Mi riferisco, in primo luogo, al riconoscimento della dignità umana, vista non come uno specifico diritto, ma come fondamento del complesso dei diritti umani (oltretutto della libertà, della giustizia e della pace nel mondo). La dignità di ogni essere umano, implicante il rispetto del suo carattere unico e irripetibile insito nella sua identità, costituisce il principio guida della normativa internazionale relativa ai temi della bioetica, declinato quale “primato dell’essere umano” nella Convenzione di Oviedo del 1977 per la protezione dei diritti umani e della dignità dell’essere umano riguardo all’applicazione della biologia e della medicina. Di viva attualità è anche l’affermazione, contenuta nell’art. 29, secondo la quale ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità. Tale disposizione, che colloca i diritti umani non già in una cornice astratta, ma nel mondo reale e nel contesto storico in cui vive l’individuo, nel porre una correlazione tra il godimento dei diritti e l’adempimento dei doveri sociali sembra oggi richiedere a ciascuno uno sforzo di solidarietà nel contrasto alla pandemia che affligge l’intera umanità e alle sue devastanti conseguenze di natura economica e sociale. Fondamentale appare il diritto, consacrato dall’art. 28, a un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati nella Dichiarazione possano essere pienamente realizzati. Esso, infatti, conduce a integrare il rispetto dei diritti umani nell’ambito dello sviluppo economico e della protezione dell’ambiente, secondo un modello di sviluppo sostenibile fatto proprio e analiticamente articolato nell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall’Assemblea generale il 25 settembre 2015.

Emerge, inoltre, un ruolo significativo della Dichiarazione nella formazione e nel consolidamento di norme consuetudinarie sui diritti umani, le quali comportano

obblighi *erga omnes* e, come nel caso del divieto di tortura o di schiavitù, possono assurgere al rango di norme imperative, con gli effetti che ciò comporta sul piano delle conseguenze della loro violazione.

Vi è infine un apporto essenziale della Dichiarazione universale alla tutela dei diritti umani: è il suo permanente contributo alla formazione di una cultura dei diritti umani, sottolineata anche nella prefazione di Sara Tonolo, in grado di erigere, nella mente e nella coscienza umana, una difesa “preventiva” di tali diritti e il cui valore, quale strumento di sviluppo del rispetto dei diritti umani, è espressamente affermato dalla stessa Dichiarazione. Il volume in esame mostra che tale cultura viene sempre più a radicarsi anche nella formazione degli operatori giuridici, in particolare dei giudici, interni come internazionali, così garantendo i diritti umani nel diritto vivente della pratica giudiziaria.

Ugo Villani

Roberto Virzo

La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali



Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. XIV-250

La disciplina internazionale della confisca, attualmente intesa come provvedimento ablativo avente carattere di definitività unitamente ai provvedimenti di congelamento di beni privati a tempo indeterminato adottato/i in relazione ad attività delittuose costituisce il tema dell'interessante volume di Roberto Virzo.

Nel primo capitolo, dedicato alle tipologie e alle funzioni delle diverse misure di confisca, sono efficacemente sistemate, descritte ed esaminate la confisca speciale di beni, la confisca per equivalente, la confisca c.d. allargata o estesa, i cui profili problematici sono approfonditi nel capitolo terzo, e le confische senza condanna, anche esse suscettibili di incidere sui principi di legalità, di presunzione di innocenza e sul diritto di proprietà. Sin da subito il lettore è così messo in contatto con le numerose convenzioni internazionali in materia, le pertinenti legislazioni statali e la relativa giurisprudenza internazionale, europea e nazionale, materiale utilizzato dall'a. con notevole sicurezza.

La conferma di quanto testé affermato proviene dalla lettura del secondo capitolo che occupa, quanto a numero di pagine, la metà del volume, in cui i numerosi accordi e atti internazionali che prevedono la confisca sono esaminati uno per uno, distinguendo tra l'altro gli accordi che richiedono agli Stati l'adozione di misure di confisca rispetto a crimini transnazionali come definiti nell'art. 3, par. 2, della Convenzione di Palermo, rispetto ai delitti da reprimere su base comune ancorché non aventi carattere transnazionale e rispetto al finanziamento del terrorismo, con l'aggiunta degli atti istitutivi o dei regolamenti di procedura di tribunali penali internazionali, ibridi o internazionalizzati specificamente forniti di competenza a disporre misure di confisca.

Sono così esaminate la disciplina in tema di confisca contenuta nelle convenzioni internazionali sulle sostanze stupefacenti o psicotrope, nella Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale, le misure di confisca previste nei Protocolli alla predetta Convenzione e in altri accordi e atti internazionali di contrasto alla tratta degli esseri umani, del traffico di migranti e del traffico illecito di armi da fuoco, la normativa delle convenzioni e degli atti internazionali di contrasto alla corruzione, al riciclaggio, degli accordi e degli atti in materia di contrasto al traffico illecito di specie protette, al bracconaggio e alla pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata, in materia di contrasto al traffico illecito di beni culturali, e così via, fino agli accordi e agli atti internazionali in materia di prevenzione e repressione del finanziamento del terrorismo, agli atti internazionali e dell'Unione europea incidenti sulla cooperazione giudiziaria in

materia di confisca e, infine, alle misure di confisca previste negli Statuti di tribunali penali internazionali, con particolare riguardo alla confisca prevista nello Statuto della Corte penale internazionale rivolta alla protezione delle vittime dei crimini.

Questo capitolo si segnala per l'ampiezza del materiale convenzionale di cui si evidenzia, di volta in volta, la peculiare tipologia di confisca e la finalità (prevenzione speciale, prevenzione generale, afflizione, recupero di bene, riparazione per le vittime), l'applicazione giudiziaria internazionale e statale, la pertinente normativa statale (era stata infatti, tra l'altro, richiamata in precedenza la confisca di prevenzione alla luce della valutazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale italiana) e, infine, l'attenta considerazione della dottrina internazionalistica e penalistica italiana e straniera con (forse troppi) brani riportati *per estenso* nelle note.

Il capitolo terzo è dedicato alla valutazione effettuata nella giurisprudenza internazionale della compatibilità dei diversi tipi di confisca con il rispetto dei diritti umani e segnatamente del principio di legalità in materia penale, dei principi del giusto processo e del diritto di proprietà. Sulla base del metodo ermeneutico della c.d. integrazione sistemica è esaminata, appunto, la casistica giurisprudenziale. In ordine al principio di legalità è evidenziato il profilo di criticità legato alla mancata qualificazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo come pena, sulla base del criterio teleologico, di alcune c.d. *non-conviction based confiscations*, tra cui la confisca di prevenzione italiana. In ordine alle pronunce che hanno affrontato la compatibilità di misure di confisca con il diritto di difesa, la presunzione di innocenza e la ragionevole durata del processo, l'a. sottolinea la scelta di politica giudiziaria nelle decisioni riportate della Corte europea di consentire l'inversione dell'onere della prova in caso di confisca allargata; riguardo ai tempi processuali, è interessante il riferimento alla giurisprudenza del Tribunale internazionale del diritto del mare sulle c.d. confische celeri di navi straniere nell'ambito di procedure di pronto rilascio di cui all'art. 292 della Convenzione sul diritto del mare.

Quanto, infine, alla compatibilità delle misure di confisca connesse alla repressione di attività delittuose con il diritto di proprietà riconosciuto negli strumenti internazionali relativi ai diritti umani, è riportata la giurisprudenza (anche qui, oltre che della Corte europea dei diritti dell'uomo, del Tribunale internazionale del diritto del mare), che utilizza l'interesse generale quale giustificazione consentita di provvedimenti ablativi e la proporzionalità nonché, secondo la Corte di Strasburgo, la necessaria previsione legislativa dotata di accessibilità, precisione e prevedibilità. È interessante il richiamo, nella materia esaminata, alle pronunce adottate in controversie relative alla Convenzione sul diritto del mare la cui rilevanza non può considerarsi esclusivamente limitata al diritto del mare.

A chiusura del volume, come nella migliore tradizione, sono posti accurati indici degli accordi, della giurisprudenza internazionale e interna e una vasta bibliografia sapientemente utilizzata dall'a.

In conclusione, non si può che esprimere apprezzamento per un'opera che si inserisce, a mio avviso, tra le valide produzioni di una interessante generazione di studiosi e di studiosi quali quelli che partecipano alla giovane Collana in cui il volume è pubblicato.

Andrea Cannone

Giuliana Laschi

Storia dell'integrazione europea

Milano, Le Monnier, 2021, pp. 238



La storia dell'integrazione europea è uno dei temi più trattati e studiati, ma al contempo anche più fraintesi degli studi europei. La sua specificità la rende di difficile comprensione senza un approccio inevitabilmente multidisciplinare. Non può essere ridotto alla mera storia o all'ambito esclusivamente giuridico o economico, né tantomeno alla sfera della scienza politica. Questa particolare dimensione scientifica degli studi europei ha reso la storia dell'integrazione un ambito molto ricercato, ma spesso studiato da una prospettiva mono-disciplinare. Il volume di Giuliana Laschi, storica contemporaneista presso l'Università di Bologna, parte proprio dal presupposto pluridisciplinare degli *European Studies* (p. 1) e presenta una sintesi efficace tra discipline diverse salvaguardando i pilastri fondamentali degli studi europei, ovvero il diritto, l'economia, la politologia e la storia.

Sebbene la storia dell'integrazione europea di Laschi nasca con l'intento primario di essere un manuale universitario, il lavoro risulta essere non solo di gradevole lettura, ma anche molto utile e istruttivo per gli specialisti che intendono approfondire e comprendere meglio il complesso intreccio del processo di integrazione europea, nonché aspetti specifici dello stesso. Dal punto di vista cronologico il periodo di riferimento è compreso tra il secondo dopoguerra fino ai primi anni Duemila. Il libro dunque si chiude con un breve riferimento al Trattato di Lisbona, alla Brexit e alle incongruenze dell'Unione europea nel processo di adesione degli Stati dei Balcani Occidentali.

Il libro di Giuliana Laschi è diviso in sei corposi capitoli. Il primo è intitolato *La nascita del processo di integrazione in Europa* (pp. 1-41) e delinea molto bene non solo la definizione, l'ambito e i contenuti della storia dell'integrazione europea, ma anche quel complesso periodo di transizione che dalla seconda guerra mondiale porta alla nascita della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e al fallimento della Comunità Europea della Difesa (CED). Qui viene dato il giusto risalto al ruolo di stimolo offerto dal Movimento federalista e alla spinte del Piano Marshall nel progetto di costruzione di un nuovo equilibrio politico e istituzionale in Europa.

Il secondo capitolo, *Il rilancio dell'Europa e l'avvio della Comunità Economia Europea* (pp. 42-85), descrive l'inizio istituzionale della CEE. Lodevoli i riferimenti dettagliati sia all'importanza della fase preparatoria alla firma dei Trattati di Roma, ovvero alla Conferenza di Messina, sia alla descrizione storica di come cambiarono le priorità politiche degli Stati europei. In questo capitolo, che è anche uno dei più

densi, vengono anche descritte le istituzioni principali della CEE che poi, seppur con inevitabili modifiche e processi di ulteriore sviluppo, hanno rappresentato un filo rosso costante della storia dell'integrazione europea. Molto importante dal punto di vista storico e politico è anche il paragrafo dedicato al Regno Unito. Nel 1961, infatti, Regno Unito, Danimarca e Irlanda avanzarono formalmente una richiesta di adesione al mercato comune. Il successo economico della CEE rappresentò una forza di attrazione notevole. La creazione dell'EFTA (European Free Trade Association) con Regno Unito, Austria, Danimarca, Norvegia, Portogallo, Svezia e Svizzera non risolse la crisi dell'economia britannica. Da qui, dunque, la richiesta dei tre sopra citati Paesi di entrare a far parte della CEE. La proposta fu accolta molto positivamente dagli stati membri (esclusa la Francia) in quanto, naturalmente, il Regno Unito era, al tempo, una potenza internazionale e con il suo ingresso l'asse franco-tedesco ne sarebbe uscito indubbiamente depotenziato. La dura opposizione della Francia di Charles De Gaulle fece ritardare a lungo l'ingresso del Regno Unito tanto che nel 1967 una seconda richiesta di adesione fu respinta, ancora una volta su pressione francese. La posizione della Francia cambiò soltanto nel 1969 con l'elezione di Georges Pompidou e, come si vedrà più avanti, anche conseguentemente alla nuova politica estera della Repubblica Federale tedesca. Questi riferimenti storici, ben descritti da Giuliana Laschi e forse poco noti al grande pubblico, sono molto importanti anche alla luce della recente e complicata uscita del Regno Unito dall'Unione europea.

Il terzo capitolo (*I burrascosi anni Settanta*, pp. 86-117) si concentra su alcuni dei processi politici ed economici, in alcuni casi vere e proprie crisi, che hanno riguardato l'Europa: dal sistema monetario europeo alle crisi petrolifere, dal crollo dei regimi autoritari alle richieste di adesione di Grecia, Spagna e Portogallo. Una parte del capitolo è dedicata, meritoriamente, alla *Ostpolitik*. La politica per l'Est della Germania Occidentale fu un passaggio storico-politico decisivo nel processo di completa riconciliazione dei tedeschi con il proprio, difficile, passato. Artefice della *Ostpolitik* fu il Cancelliere socialdemocratico Willy Brandt. Eletto nel 1969, compose un governo con i liberali che, con Walter Scheel, ricoprivano il Ministero degli esteri. La convinzione dei due partiti di governo a una normalizzazione dei rapporti tra la Germania Occidentale e la Repubblica democratica tedesca (DDR) fu fondamentale per i diversi eventi storici che portarono alla sottoscrizione del Trattato di Berlino nel 1972 da parte delle due Repubbliche tedesche. La *Ostpolitik* fu inoltre importante perché, sebbene vista con molto scetticismo e preoccupazione dalla solita Francia, ebbe come effetto l'accelerazione del processo di avvicinamento del Regno Unito alla CEE. Preoccupato per il nuovo protagonismo tedesco, Pompidou decise di aprire ai negoziati con il Regno Unito, che entrerà nelle Comunità europee, insieme a Danimarca e Irlanda, nel 1973.

Questo capitolo si chiude con l'importante riferimento a una svolta per la democrazia europea rappresentata dalle prime elezioni del Parlamento europeo a suffragio universale nel 1979.

L'Europa delle profonde revisioni è il titolo del quarto capitolo (pp. 118-152) dedicato a una fase di transizione nella quale si affacciarono protagonisti nuovi come la Premier inglese Margaret Thatcher, protagonista di storici contrasti con la CEE, e, nello scenario delle istituzioni europee, di Jacques Delors, Presidente della

Commissione europea dal 1985 al 1994 e che incarnò un profondo rinnovamento nel processo di integrazione europea. Gli anni presi in considerazione in questo capitolo sono anche quelli che, con la caduta del Muro di Berlino, erano destinati a cambiare radicalmente l'assetto geo-politico europeo con evidenti conseguenze istituzionali ed economiche.

In questa complessa epoca storica si ricordano sia il progetto Spinelli, che poi fu la base concettuale e giuridica dell'Atto unico europeo, sia la proposta italo-tedesca di riforma dei due Ministri degli esteri Hans-Dietrich Genscher ed Emilio Colombo (Piano Genscher-Colombo), che Giuliana Laschi definisce, ingiustamente, "meno innovativa", probabilmente per il suo impianto intergovernativo.

Il capitolo quinto (*Unione europea*, pp. 153-190), incrociandosi cronologicamente con il precedente, presenta i grandi mutamenti della storia dell'integrazione europea: la nascita dell'Unione europea. Si tratta di una storia caratterizzata dalla Guerra del Golfo del 1990-91 e dalle conseguenti reazioni pacifiste, dall'iniziale rallentamento del processo di unione monetaria, dall'allargamento del 1995 e dalla sottoscrizione del Trattato di Schengen, solo per ricordare alcuni dei processi ed eventi più rilevanti. Naturalmente il Trattato di Maastricht (1992) cambia i connotati istituzionali della CEE che diviene, appunto, Unione europea e che istituisce, ad esempio, la cittadinanza europea, il principio di sussidiarietà e apre definitivamente la strada che porterà all'Euro.

Il capitolo conclusivo, intitolato *L'Europa nel nuovo secolo* (pp. 191-228), è la parte in cui emergono più chiaramente i limiti istituzionali dell'Unione Europea. Le crisi internazionali che hanno devastato il mondo occidentale a partire dai primi anni Duemila, ricordo qui soltanto l'attentato delle Torri Gemelle, la bocciatura popolare del Trattato costituzionale fino ad arrivare alle crisi multiple più recenti (terrorismo, crisi economico-finanziaria, crisi umanitarie), si sono manifestate con alcuni processi che hanno fatto progredire il processo di integrazione europea come l'introduzione dell'Euro, l'allargamento a Est e il recupero di alcuni principi del Trattato costituzionale nel Trattato di Lisbona. Non emerge soltanto il limite strutturale dell'attuale delle istituzioni dell'Unione europea – che è ancora oggi un progetto che richiede di essere ulteriormente migliorato –, ma anche i problemi e le incertezze sulla politica di vicinato. In questo contesto si inserisce la controversa questione dei Balcani Occidentali. Da una parte, come sostiene giustamente, Giuliana Laschi, i Balcani Occidentali sono parte integrante dell'Europa, d'altra parte, l'adesione dei Balcani Occidentali è altamente problematica in un'Europa la cui organizzazione interna resta spesso poco efficiente anche per il numero di Paesi che ne fanno parte e per la difficoltà di amalgamarli; si pensi, ad esempio, alle tante diverse Europe: Unione europea a 27, Eurozona, Area Schengen, area di libero scambio e così via.

In conclusione, il libro di Giuliana Laschi, come sopra ricordato, è un ottimo manuale universitario di storia dell'integrazione. Ogni capitolo è corredato da schede di approfondimento (ad es. sulla politica di vicinato, sul programma Erasmus, su Simone Weil, su Jacques Delors o sull'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa), da riferimenti bibliografici nonché, spesso, anche da cartine geografiche esplicative.

Ubaldo Villani-Lubelli

Libri ricevuti



Adelina Adinolfi (a cura di), *Materiali di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, VI ed., 2021, pp. XVIII-376.

Domenico Bodega, Aldo Carera (a cura di), *Economia e società per il bene comune. La lezione di Giuseppe Toniolo (1928-2018)*, Milano, Vita e Pensiero, 2020, pp. XXV-205.

Martina Buscemi, *Illeciti delle Nazioni Unite e tutela dell'individuo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. XIII-379.

Fausto Capelli, Vito Rubino (a cura di), *L'alimentazione e l'agricoltura del futuro. Studi in memoria di Antonio Neri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 216.

Federico Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. XIII-323.

Daniela Caterino, Ivan Ingravallo (a cura di), *L'impresa sostenibile. Alla prova del dialogo dei saperi*, Lecce, EuriConv, 2020, pp. XXX-512.

Gianluca Contaldi (a cura di), *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, Roma, RomaTrE-Press, 2021, pp. 126.

Filippo Croci, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XVII-452.

Giulia D'Agnone, *L'interpretazione soggettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 305.

Diletta Danieli, *The EU pharmaceutical market: Crossing paths between regulation, competition law and free movement*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. X-220.

Giacomo Di Federico (a cura di), *Alla (ri)scoperta del Parlamento europeo 1979-2019*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 234.

Angela Di Stasi, Giuseppe Fauceglia, Gerardo Martino, Piero Pennetta (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 2 voll., pp. XIX-1492.

Massimo Fragola, *Europa e Felicità. Prima, durante e dopo Brexit*, Cosenza, Pellegrini Editore, 2021, pp. 173.

Ginevra Greco, *Le commissioni di ricorso nel sistema di giustizia dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. VIII-511.

Francesca Ippolito, *Understanding vulnerability in international human rights law*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. XIV-448.

Maurizio Maresca, *La nuova Europa. Sovrana, unita, competitiva*, Genova, Il Melangolo, 2020, pp. 185.

Leonardo Mellace, *L'Unione europea tra destino comune e crisi permanente. Profili di teoria del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 224.

Michele Messina, *La competenza di "piena giurisdizione" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 326.

Alberto Miglio, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XIII-270.

Denise Milizia (ed.), *The new European Union. Different perspectives from different Member States*, Bari, Cacucci, 2020, pp. VI-154.

Bruno Nascimbene, *Antologia di scritti inediti*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. VII-212.

Alessandro Nato, *La cittadinanza sociale ai tempi della crisi economica*, Bari, Cacucci, 2020, pp. XI-288.

Ilaria Ottaviano, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, Bari, Cacucci, 2020, pp. XI-187.

Giuseppe Palmisano (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 564.

Cinzia Peraro, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. VIII-290.

Giuseppe Puma (a cura di), *Diritto internazionale e sistema delle fonti. Tra modello accentrato e modello diffuso del controllo di costituzionalità*, Bari, Cacucci, 2020, pp. VI-148.

Fabio Raspadori (a cura di), *L'attuazione delle politiche dell'Unione europea a livello regionale e locale*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. XVI-191.

Gianpaolo Maria Ruotolo, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, Cacucci, 2021, pp. XIII-301.

Indice degli autori



Giandonato CAGGIANO

ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Roma Tre

Paolo FOIS

emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari

Maurizio MARESCA

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Udine

Pierre DE GIOIA CARABELLESE

Full Professor di Business Law and Regulation nella Edith Cowan University di Perth

Teresa Maria MOSCHETTA

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Roma Tre

Alfredo RIZZO

ricercatore presso l'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche

Cristina Evangelia PAPADIMITRIU

docente a contratto di Diritto dell'economia digitale nell'Università degli studi di Modena-Reggio Emilia

Giuliano VOSA

ricercatore post-doc in Diritto costituzionale europeo, Investigador "García Pelayo", nel Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) di Madrid

Rosa Stella DE FAZIO

dottore di ricerca e *doctor europaeus* in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Napoli "Federico II"



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo

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 comunitaria, 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 comunitaria 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, My 24, PlusPlus 24 lavoro, Smart24 PA, PlusPlus 24 diritto (banca dati giuridica con dottrina, giurisprudenza e sentenze).

GIUSTAMM e IPSOA – banche dati di dottrina giuridica.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano il territorio regionale: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Identità pugliese, 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.

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it

via Giovanni Gentile, 52 – 70126 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo

Instagram [@consiglio.regionale.puglia](https://www.instagram.com/consiglio.regionale.puglia) [@teca_del_mediterraneo](https://www.instagram.com/teca_del_mediterraneo)



CACUCCI EDITORE
BARI

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it



EUROPE DIRECT Puglia

DOVE SIAMO

Europe Direct Puglia

*Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Dipartimento di Scienze Politiche*

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70122 Bari

Tel. +39 080 5717707

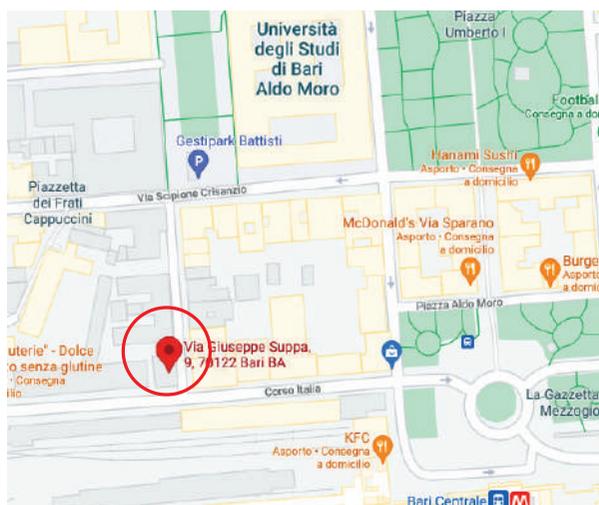
info@europedirectpuglia.eu

www.europedirectpuglia.eu

 [instagram/europedirectpuglia](https://www.instagram.com/europedirectpuglia)

 twitter.com/EuropeDirectPuglia

 facebook.com/europedirectpuglia



ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00

Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct Puglia* utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in formato PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> 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 2021).

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, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento UE 2016/679, 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 degli art. 15-22 del citato Regolamento, Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i diritti previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁶, 2020.
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, 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*³, 2019.
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. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, 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.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi. Prospettive interne ed europee*, 2019.
33. Caterina FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, 2019.
34. Francesco BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, 2020.
35. Pierre DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancaria e diritti dei creditori*, 2020.
36. Mario CARTA, *Unione europea e tutela dello stato di diritto negli Stati membri*, 2020.
37. Claudia MORINI, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, 2020.
38. Angela Maria ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, 2020.
39. Denise MILIZIA (a cura di), *The new European Union. Different perspectives from different Member States*, 2020.
40. Alessandro NATO, *La cittadinanza sociale europea al tempo della crisi economica*, 2020.
41. Ilaria OTTAVIANO, *Profili di tutela giurisdizionale nell'unione bancaria*, 2020.
42. Daniela VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'unione europea*, 2020.
43. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, 2021.
44. Maria Luisa TUFANO, Sara PUGLIESE, Mariaconcetta D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, 2021.
45. Lorenzo Federico PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, 2021.

Francesco Albani (Bologna, 1578-1660)

Ratto d'Europa, 1640-45, olio su tela, cm 170 x 224, San Pietroburgo, Museo dell'Hermitage

Il dipinto, entrato nel Museo dell'Hermitage nel 1769 grazie ad un acquisto effettuato presso gli eredi di Heinrich von Brühl, uomo politico alla corte di Sassonia e appassionato collezionista, morto a Dresda nel 1763, rappresenta una delle varie interpretazioni, forse la più tarda, del noto tema mitologico derivato dalle *Metamorfosi* di Ovidio, prodotte da Francesco Albani, esponente fra i più accreditati della pittura bolognese di gusto classicista a cavallo tra Cinque e Seicento.

Dal punto di vista iconografico il dipinto di San Pietroburgo riprende da vicino quello della Galleria Spada di Roma (oltre quest'ultima, fra le altre versioni del mito date dall'artista ricordiamo almeno quella della Galleria degli Uffizi, spesso replicata o copiata, e quella del Louvre), di cui ripete anche le notevoli dimensioni. Punto di partenza è, come sempre, il tema ovidiano del rapimento di Europa, giovane ed avvenente figlia di Agenore, oggetto della sfrenata passione di Zeus. Questi, pur di possederla, si trasforma in un placido toro, e in tale aspetto appare alla fanciulla e alle sue ancelle che si trattengono sulla spiaggia, ne suscita la curiosità e la simpatia, gioca con loro, salvo poi balzare improvvisamente in mare tenendo in groppa la malcapitata Europa, e fuggire con la rapita nell'isola di Creta. Sia nel dipinto di San Pietroburgo che in quello, precedente di qualche anno, della Galleria Spada, l'Albani rappresenta l'episodio mitico da un punto di vista molto ravvicinato: Europa vi compare in primo piano, seduta sulla groppa del toro, con un lembo dell'abito sollevato dal vento tanto da formare una sorta di vela, tenuta aperta da un puttino in volo. Un altro puttino, immerso in acqua, afferra un capo della ghirlanda che cinge il collo del toro, quasi fosse un guinzaglio, mentre un terzo sembra voler tirare scherzosamente la coda dell'animale. Un altro elemento comune ai due dipinti, e quasi sovrapponibile, è il gruppo di ancelle sulla lingua di terra retrostante il mare, le quali mostrano nei gesti concitati tutto il loro spavento e la loro disperazione. La differenza sostanziale del dipinto di San Pietroburgo rispetto a quello di Roma è nell'atteggiamento di Europa, che nella versione più tarda che qui proponiamo è molto più carnale, lasciando che un seno nudo emerga dallo scollo dell'abito, e si volge mollemente, senza alcun pathos, in direzione della costa, col braccio allargato quasi ad indicare l'ineluttabilità del rapimento, mentre nella versione romana la fanciulla cinge con le braccia il capo del toro, quasi aggrappandovisi, senza rapportarsi in alcun modo alle ancelle. Anche la cromia cambia, e all'azzurro intenso della veste che contraddistingue la versione romana (e quella fiorentina degli Uffizi), l'Albani sostituisce qui un abito in velluto viola scuro cangiante, molto più raffinato e materico.

La scelta di un soggetto tratto dal mito è frequente nella produzione dell'Albani, che giovanissimo fu allievo della bottega dei Carracci, e in particolare di Ludovico, al seguito del quale, insieme ai condiscipoli Guido Reni e Domenichino, fece il suo esordio, già prima della fine del Cinquecento, negli affreschi di Palazzo Fava a Bologna, che raccontano storie tratte dall'*Eneide*. Trasferitosi a Roma con Guido Reni, più avanti di lui in carriera, per vedere "Annibale, Raffaello e li marmi antichi" (Bellori), nella Città Eterna ebbe modo di accentuare e rimodulare le sue già manifeste propensioni classicistiche subendo particolarmente la fascinazione di Raffaello e divenendo insieme a Guido e al Domenichino, dopo la morte di Annibale Carracci nel 1609, il legittimo erede di questi e realizzando, accanto a vari dipinti di tema religioso, altri dove spesso sono messe in scena allegorie o storie tratte dalla mitologia.

Rispetto alle altre versioni dello stesso mito, il dipinto di San Pietroburgo sembra accentuare il carattere sensuale del soggetto, forse su richiesta del committente, peraltro ignoto, desideroso di esporlo a pochi intimi nella galleria del suo palazzo.

Clara Gelao

storica dell'arte, già Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2021, 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 2020, 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 2021).

ISBN 979-12-5965-025-2



9 791259 650252



€ 28,00